Die zeitweilige und die beseitigte Unmöglichkeit der Vertragsleistung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Günther Scheer

Referendar in Lütjenburg (Holstein).

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. I. Einleitung 1

II. Die Begriffe.

§ 2. A. Abgrenzung der dauernden und der zeitweiligen Unmöglichkeit 2

§ 3. B. Die beseitigte Unmöglichkeit 20

III. Die Folgen.

A. Die einseitig verpflichtenden Verträge.

1. Anfängliche Unmöglichkeit.

§ 4. a) Objektive Unmöglichkeit 21

§ 5. b) Unvermögen des Schuldners 30

§ 6. 2. Nachträgliche Unmöglichkeit.

a) Objektive Unmöglichkeit 44

b) Unvermögen des Schuldners 58

B. Gegenseitige Verträge.

§ 7. 1. Nachträgliche Unmöglichkeit.

a) Objektive Unmöglichkeit 59

b) Unvermögen des Schuldners 69

§ 8. 2. Anfängliche Unmöglichkeit

a) Objektive Unmöglichkeit 70

b) Unvermögen des Schuldners 71

§ 9. C. Wahlschuld 72

Literaturverzeichnis.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten vom 1. 6. 1794 (ALR).

Appel, Erlöschen und Wiederaufleben von Forderungen. Diss. Erlangen 1902.

Biermann, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerl. Recht. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 91 S. 73 ff.

Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe. Herausgegeben von Fischer und v. Henle. 6. Aufl. 1904.

Corpus Juris Civilis (fratres Kriegelii).

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des BGB. 4. Aufl. 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900 bezw. 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1. und 2. Aufl. 1899.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. 5. Aufl. 1897.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1902/03.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluß des Handelsrechts. 3. Aufl. 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.)

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. Lesung. 1888.

Fischer, Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre. 1904.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 6. Aufl. 1892.

Haake, Inwieweit steht das Unvermögen des Schuldners zur Leistung der Unmöglichkeit der Leistung gleich? Diss. Rostock 1903.

Hartmann, Die Obligation. 1875.

Kaempfe, Der Einfluß nachfolgender Unmöglichkeit der Leistung auf obligatorische Rechtsverhältnisse nach gemeinem Recht und BGB. Diss. Freiburg i. Br. 1901.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. Fischers Beiträge Bd. 7 Heft 2. 1900.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Fischers Beiträge Bd. 7 Heft 1. 1900.

Kleineidam, Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des BGB. Jherings Jahrbücher 1901. II S. 104ff.

Krug, Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung. Diss. Breslau 1901.

Kuhlenbeck, Handkommentar zum BGB. 2. Aufl. 1903.

Kuhlenbeck, Unmöglichkeit der Leistung. Juristische Wochenschrift 1898 S. 133ff.

Loske, Ursprüngliches Unvermögen bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen. Diss. Rostock 1903.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.

Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung. Beiträge Abt. 1. 1853.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1888.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. 1900.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar 2. Aufl. 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Allgemeiner Teil und Schuldverhältnisse bis § 432. 3. Aufl. 1904.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1 und 2. 1893.

Reinke, Die allgemeinen Grundsätze über die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung. Diss. Rostock 1905.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. 1840—1849.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte. Kommentar. 1900.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Sf.)

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren 1897.

Steiner, Haftung aus ursprünglichem Unvermögen bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen. Diss. Rostock 1903.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem deutschen bürgerlichen Recht. 1900.

Treitel, Sind die Vorschriften des BGB. über Unmöglichkeit der Leistung und Verzug anwendbar auf Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen? Diss. Rostock 1902.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. von Kipp. 1900.

Einleitung.

§ 1.

Die Lehre von der Unmöglichkeit ist in den letzten Jahren häufig zum Gegenstande wissenschaftlicher Untersuchungen gemacht worden. Fast gleichzeitig erschienen im Jahre 1900 die umfangreichen Monographien von Titze, Kleineidam und Kisch. 1901 ergänzte Kleineidam seine Ausführungen, und in demselben Jahre brachte das Archiv für zivilistische Praxis eine längere Abhandlung Biermanns. 1903 äußerte sich Kisch nochmals und faßte die Ergebnisse der bis dahin erschienenen Literatur zusammen. Aus dem Jahre 1904 ist Fischers „Beitrag zur Unmöglichkeitslehre" zu nennen.

Daneben befassen sich seit 1901 sieben Dissertationen mit der Unmöglichkeit der Leistung. 1901 Kaempfe (Freiburg i. Br.) und Krug (Breslau), 1902 Treitel (Rostock), 1903 Steiner (Rostock), Loske (Rostock) und Haake (Rostock), endlich 1905 Reinke (Rostock).

Hinzu treten noch die Lehrbücher und Kommentare, die alle mehr oder weniger eingehend die Unmöglichkeitslehre behandeln. Es ist nicht zufällig, daß so viele Schriftsteller ihre Aufmerksamkeit der Lehre der Unmöglichkeit zugewendet haben, sondern dies hat seinen Grund darin, daß durch die Regelung, die die Unmöglichkeit der Leistung im Bürgerlichen Gesetzbuche gefunden hat, der Wissenschaft zwei wichtige Aufgaben gestellt wurden:

1. Die Bestimmung des Begriffs der Unmöglichkeit,

2. die Interpretation des Gesetzes, das, wenn es nicht geradezu lückenhaft ist, so sicherlich in mancher Hinsicht sich undeutlich ausdrückt.

Es mag hier dahingestellt bleiben, ob die Lösungen dieser Aufgaben zu befriedigenden Resultaten geführt haben, auf alle Fälle muß es aber als schwierig erscheinen, gegenüber einer so umfangreichen Literatur noch neue Gesichtspunkte zu finden.

Eine Frage, der dagegen bisher noch wenig Beachtung zuteil geworden ist, ist die Unterscheidung zwischen der dauernden und der vorübergehenden Unmöglichkeit. Unzweifelhaft aber haben die Trennung dieser beiden Begriffe und ihre verschiedenen Folgen für das Verkehrsleben große Bedeutung, und es dürfte deshalb angebracht sein, sie eingehender zu betrachten.

II. Die Begriffe.

A. Abgrenzung der dauernden und der zeitweiligen Unmöglichkeit.

§ 2.

Unser heutiges Bürgerliches Gesetzbuch berücksichtigt an keiner Stelle ausdrücklich die Unterscheidung zwischen der dauernden und der zeitweiligen Unmöglichkeit. Aus dem Schweigen des Gesetzes darf man aber nicht etwa schließen, daß für das Bürgerliche Gesetzbuch diese Unterscheidung überhaupt nicht existiert, vielmehr unterliegt es keinem Zweifel, daß die Fälle der dauernden Unmöglichkeit und diejenigen, in denen gewisse Umstände nur vorübergehend der Erfüllung der Leistung entgegenstehen, nicht gleich behandelt werden dürfen. Daß aber auch diese nur vorübergehend wirkenden Hindernisse eine Unmöglichkeit der Leistung bilden und deshalb auch im

System der Lehre der Unmöglichßeit zuzurechnen sind, geht aus der Erwägung hervor, daß jede Leistung drei Modalitäten enthält, das Leistungsobjekt, den Leistungsort und die Leistungszeit, und daß es demnach, wenn die Leistungszeit nicht innegehalten werden kann, unmöglich ist, die Leistung so, wie sie geschuldet ist, zu bewirken.

Für die Bestimmung der Begriffe der dauernden und der zeitweiligen Unmöglichkeit dürfte es gleichgültig sein, ob das Bürgerliche Gesetzbuch die beiden Begriffe erwähnt oder nicht, denn gemäß seiner Gewohnheit, alle Begriffe als bekannt vorauszusetzen und ihre Feststellung der Rechtswissenschaft und der Judikatur zu überlassen, würde sich das Bürgerliche Gesetzbuch auch für den vorliegenden Fall[1]) darauf beschränkt haben, nur die verschiedenen Folgen der dauernden und der zeitweiligen Unmöglichkeit anzugeben.

Der Bestimmung des Begriffs der zeitweiligen Unmöglichkeit haben wir den allgemeinen Unmöglichkeitsbegriff zugrunde zu legen, und zeitweilige Unmöglichkeit besteht dann, wenn Hindernisse, welche eine Leistung im Sinne der Rechtsordnung unmöglich machen, der Leistung entgegenstehen, aber nur von vorübergehender Dauer sind. Es ergeben sich demnach zwei Fragen:

1. Wann ist eine Leistung überhaupt unmöglich?

2. Wann gilt eine Unmöglichkeit im Sinne der Rechtsordnung als vorübergehend?

ad 1. Unmöglich ist diejenige Leistung, welche niemand zu bewirken vermag. Die Unmöglichkeit kann herbeigeführt werden sowohl durch natürliche Gründe, welche dann vorliegen, wenn die Erfüllung der Leistung übernatürliche Mittel oder übermenschliche Fähigkeiten erfordert, wie durch sogen. juristische Gründe, welche dann vorliegen,

[1]) vgl. Mot. II S. 45: „Auch der Begriff der dauernden Unmöglichkeit im Gegensatze zu einer vorübergehenden kann durch das Gesetz nicht bestimmt werden."

wenn die Leistung infolge der Vorschriften des geltenden Rechts nach den Gesetzen der Logik nicht vorgenommen werden kann.[2])

Der „Unmöglichkeit“ stellt das Bürgerliche Gesetzbuch das „Unvermögen“ des Schuldners zur Leistung gegenüber, welches der subjektiven Unmöglichkeit des gemeinen Rechts entspricht. Unvermögen des Schuldners muß dann angenommen werden, wenn der Schuldner zur Erfüllung einer Leistung außerstande ist, während ein anderer hierzu fähig ist.

Ferner unterscheidet das Bürgerliche Gesetzbuch anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit, bezw. anfängliches und nachträgliches Unvermögen. Anfängliche Unmöglichkeit (i. w. S.) ist dann vorhanden, wenn die Leistung bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses unmöglich ist. Denn § 306 lautet: „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag usw.“ Von einem Richten des Vertrages auf eine Leistung läßt sich aber nur im Augenblicke des Abschlusses reden. Demgegenüber liegt nach § 275 nachträgliche Unmöglichkeit dann vor, wenn die Unmöglichkeit auf Umständen, die „nach der Entstehung[3]) des Schuldverhältnisses“ eingetreten sind, beruht.

---

[2]) vgl. Biermann S. 76 f.; Dernburg, BGB. § 60.

[3]) Regelmäßig fallen Vertragsabschluß und Entstehung des Schuldverhältnisses zusammen, eine Ausnahme besteht aber bei denjenigen Rechtsgeschäften, die unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins abgeschlossen sind. Hier entsteht das Schuldverhältnis erst mit dem Eintritt der Bedingung bezw. des Termins (§§ 158 und 163), also nach dem Vertragsabschlusse. Hier würde es deshalb zweifelhaft sein, wie eine Unmöglichkeit zu behandeln sei, die nach dem Vertragsabschluß, aber vor dem Eintritt der Bedingung entstanden ist. Nach der richtigen Ansicht wird in diesen Fällen nachträgliche Unmöglichkeit anzunehmen sein. Das Gesetz hat, indem es den Normalfall vor Augen hatte, die Entstehung des Schuldverhältnisses der Begründung des Vertragsverhältnisses gleichgestellt. Ebenso Fischer S. 40 f.; Kisch S. 27 f.; Kleineidam S. 87; Titze S. 54; vgl. auch Hartmann S. 195.

Eine Leistung, die Gegenstand eines Vertrages ist, kann in jeder Tätigkeit irgend welcher Art oder in einem Unterlassen bestehen. Das Unterlassen umfaßt auch das Dulden (vgl. § 241).

Im Rahmen dieser Arbeit müssen diese Ausführungen genügen. Über die Einzelheiten verweisen wir auf die eingehenderen Darstellungen in den im § 1 genannten Schriften.

ad 2. Für die Entscheidung der Frage, wann im Sinne der Rechtsordnung ein Erfüllungshindernis als dauerndes und wann als vorübergehendes aufzufassen sei, ist der Zeitpunkt, in dem sie im konkreten Falle zu treffen ist, von großer Bedeutung. Hierfür muß aber mangels einer besonderen Gesetzesbestimmung der Zeitpunkt maßgebend sein, in dem die Folgen der Unmöglichkeit wirksam werden. Dieser Zeitpunkt ist im Bürgerlichen Gesetzbuche, wenn die Unmöglichkeit eine anfängliche ist, der Augenblick des Vertragsabschlusses, und wenn die Unmöglichkeit eine nachträgliche ist, der Augenblick des Eintritts der Unmöglichkeit. Denn § 306 sagt: „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig," also wenn die Leistung zur Zeit des „Richtens", d. h. des Kontrahierens unmöglich ist, so ist der Vertrag von Anfang an nichtig, er kommt gar nicht zustande. Die §§ 275, 280, 323 bis 325 aber, die sich auf die nachträgliche Unmöglichkeit beziehen, bedienen sich der Ausdrucksweise: „Soweit die Leistung unmöglich wird" oder: „Wird die Leistung unmöglich". Also die zitierten Paragraphen legen den Zeitpunkt zugrunde, in dem die Leistung unmöglich wird, und sie lassen in dem Augenblick die Folgen der nachträglichen Unmöglichkeit eintreten. Es ergibt sich demnach, daß diejenigen Kriterien, welche die dauernde und die zeitweilige Unmöglichkeit unterscheiden, für den Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages bezw. des Eintritts der Unmöglichkeit zu suchen sind.

Wie nun aber dauernde Unmöglichkeit dann vorliegt, wenn es zur Zeit des Vertragsabschlusses bezw. des Eintritts der Unmöglichkeit feststeht, daß die Leistung überhaupt nicht wird bewirkt werden können, so ist zeitweilige Unmöglichkeit dann vorhanden, wenn es sich zu der angegebenen Zeit zeigt, daß die Leistungstätigkeit zwar nicht zu dem im Vertrage bestimmten Erfüllungstermin vorgenommen werden kann, dagegen wohl infolge späteren Wegfalls der Erfüllungshindernisse zu einem späteren Zeitpunkt. Die zeitweilige Unmöglichkeit ist also eine Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit. Hieraus folgt aber, daß wenn die Verschaffung des Leistungsgegenstandes innerhalb des Zeitraums zwischen Vertragsabschluß und Fälligkeit unmöglich sein würde, während sie zur Erfüllungszeit selbst möglich ist (z. B. im Juli verpflichte ich mich, einer Bierbrauerei im Laufe des Winters Natureis zu liefern), so ist die Vertragsleistung eine völlig mögliche. Daß in diesen Fällen nicht etwa zeitweilige Unmöglichkeit vorliegt, geht daraus hervor, daß hier in keinem Augenblick dem etwas entgegensteht, daß der Leistungsgegenstand am Leistungsorte zur Leistungszeit[4]) gewährt wird.

Daß eine Leistung dann dauernd unmöglich ist, wenn es feststeht, daß sie überhaupt niemals wird bewirkt werden können, ist selbstverständlich. Aber die bloße Aussicht, daß

[4]) Aus dem Gesagten erhellt, daß es von großer Wichtigkeit ist, den Erfüllungstermin einer Leistung festzustellen. Das BGB. § 271 bestimmt: „Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken.“ Die Fälligkeit der Leistung kann demnach: 1. ausdrücklich festgesetzt sein; 2. aus den Umständen zu ersehen sein. Diesbezüglich kann uns vor allem auch die Natur der Leistung einen Anhalt geben; es sei an den römischen Satz erinnert l. 186 D. 50, 17: „Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit.“ Vgl. dazu l. 73 pr. D. 45, 1. 3. In allen übrigen Fällen ist die Leistung sofort fällig.

die die Unmöglichkeit herbeiführenden Umstände wegfallen können, genügt noch nicht, die Unmöglichkeit im Sinne der Rechtsordnung zu einer vorübergehenden zu machen, sondern, wie aus unseren obigen Ausführungen hervorgeht, liegt zeitweilige Unmöglichkeit nur dann vor, wenn seit Beginn der Unmöglichkeit solche Umstände vorhanden sind, welche mit Sicherheit mittelbar oder unmittelbar die Beseitigung der Unmöglichkeit bewirken müssen. Aber auch nicht immer dann, wenn es sicher ist, daß die Umstände, deren Folge die Unmöglichkeit ist, fortfallen werden, wird man sich im Sinne der Rechtsordnung für nur zeitweilige Unmöglichkeit entscheiden dürfen, denn für zahlreiche Leistungen ist die Leistungszeit von solcher Wichtigkeit, daß eine Leistung, welche nicht an einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines bestimmten Zeitraums vorgenommen wird, überhaupt nicht mehr als Erfüllung angesehen werden kann. In diesen Fällen liegt also immer dauernde Unmöglichkeit vor.

Unsere bisherigen Betrachtungen können wir demnach dahin zusammenfasssen:

Zeitweilige Unmöglichkeit ist eine solche Unmöglichkeit, welche auf Grund des zur Zeit des Vertragsabschlusses (bei der anfänglichen Unmöglichkeit) bezw. des Eintritts der Unmöglichkeit (bei der nachfolgenden Unmöglichkeit) vorhandenen Tatbestandes nach dem normalen Verlaufe der Dinge und unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls mit Notwendigkeit noch zu einer Zeit fortfallen muß, wo die Leistung als Erfüllung angesehen werden kann.

Entsprechend liegt dauernde Unmöglichkeit immer dann vor, wenn nicht die Erfüllungshindernisse auf Grund der konkreten Tatumstände von Anfang an als nur vorübergehende sich darstellen.

Soweit ich in der mir vorliegenden Literatur ersehen habe, ist die zeitweilige Unmöglichkeit für das gemeine

Recht eingehender behandelt worden, als für unser heutiges bürgerliches Recht. Es seien deshalb auch hier die Ergebnisse der gemeinrechtlichen Wissenschaft herangezogen, da sie auch für die heutige Doktrin ihre Bedeutung noch nicht verloren haben.

Schon das Corpus Juris Civilis enthält einige Stellen, welche einen Anhalt für die Abgrenzung der dauernden und der zeitweiligen Unmöglichkeit bieten. Vor allem sind zu nennen:

§ 2 J. de inut. stip. 3, 19.

„Idem iuris est — i. e. inutilis erit stipulatio —, si rem sacram aut religiosam, quam humani iuris esse credebat, vel publicam, quae usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel cuius commercium non habuerit, vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica res in privatum deduci, et ex libero servus fieri potest, et commercium adipisci stipulator potest, et res stipulatoris esse desinere potest; sed protinus inutilis est."

Und l. 83 § 5 D. de verb. obl. 45, 1.

„Sacram vel religiosam rem, vel usibus publicis in perpetuum relictam, ut forum, aut basilicam, aut hominem liberum, inutiliter stipulor, quamvis sacra profana fieri, et usibus publicis relicta in privatos usus reverti, et ex libero servus fieri potest."

Aus diesen Stellen geht also offenbar hervor, daß entsprechend unseren obigen Ausführungen auch schon im römischen Rechte eine Unmöglichkeit nicht dadurch aufhört eine dauernde zu sein, daß sie beseitigt werden kann, daß dagegen zeitweilige, in ihren Folgen von der dauernden zu trennende Unmöglichkeit dann angenommen wurde, wenn die Erfüllungshindernisse von Anfang an nur vorübergehende waren. Denn es wird ausdrücklich gesagt, daß Nichtigkeit nur eintritt, wenn die versprochenen Sachen

„perpetuo“ bezw. „in perpetuum“ zum öffentlichen Gebrauch bestimmt sind. Diesen letzten Gedanken spricht das folgende Zitat noch allgemeiner aus:

l. 35 § 1 D. de verb. obl. 45, 1.

„Item quod leges fieri prohibent, si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio.“ [5])

Gestützt auf die Quellenstellen begrenzt Mommsen (S. 147), der die zeitweilige Unmöglichkeit besonders ausführlich behandelt hat, die dauernde und die zeitweilige Unmöglichkeit derart: Man müsse „der Unmöglichkeit schon dann eine dauernde Natur zuschreiben, wenn dieser Zustand ein solcher ist, dem seiner Natur nach die Eigenschaft der Kontinuität zukommt“. [5a]) Mommsens und die hier vertretene Ansicht dürften sich tatsächlich nahe be-

---

[5]) Hierzu bemerkt Mommsen S. 145 Anm. 2: „Die abgedruckten Worte lassen sich zwar auch auf ein gesetzliches Verbot beziehen; eine Vergleichung derselben mit dem princ. der Stelle, wo von demjenigen, ‚quod natura fieri non concedit‘, die Rede ist, spricht jedoch dafür, sie auf juristische Unmöglichkeit zu beziehen. Zudem leidet der zur Frage stehende Satz auf unsittliche und verbotene Handlungen keine Anwendung.“

[5a]) Im Widerspruch zu diesen Ausführungen Mommsens bekämpft Hartmann (a. a. O. S. 194) die Unterscheidung von dauernder und bloß vorübergehender Unmöglichkeit, da die bloß vorübergehenden Hindernisse überhaupt keine Unmöglichkeit bildeten. Dieser Gegensatz ergibt sich aus der Verschiedenheit des Unmöglichkeitsbegriffes, den die beiden Autoren annehmen. Hartmann stellt (S. 196) der „wahren Unmöglichkeit“ die bloße „Schwierigkeit“, „difficultas“, gegenüber und nennt (S. 199) die subjektive Unmöglichkeit eine „schiefe Vorstellung“. Diese Kontroverse ist für die Frage nach der Prästationspflicht des Schuldners von praktischer Bedeutung. Das Corpus Juris Civilis gibt keinen ganz sicheren Anhalt dafür, welcher Auffassung beizutreten sei, und für das gemeine Recht läßt sich eine zwingende Entscheidung nicht fällen. Für unser heutiges Recht ist aber der Begriff der vorübergehenden Unmöglichkeit im Hinblick auf den von der herrschenden Ansicht vertretenen Unmöglichkeitsbegriff und auf die Bestimmungen des BGB., wie oben gezeigt ist, als berechtigt anzuerkennen.

rühren, zumal wenn wir noch die folgenden Worte Mommsens berücksichtigen (S. 146): „Damit hier der Unmöglichkeit eine dauernde Natur beigelegt werde, können wir nicht verlangen, daß ein ungewöhnliches und nicht als wahrscheinlich vorauszusetzendes Ereignis dazu gehöre, um sie zu heben.“ Also auch Mommsen nimmt dauernde Unmöglichkeit an, soweit uns nicht ganz besondere Umstände berechtigen, die Erfüllungshindernisse als vorübergehende zu betrachten. Die Definition Mommsens scheint mir aber einigen Bedenken zu unterliegen. Mommsen verlangt, daß dem Zustande „seiner Natur nach die Eigenschaft der Kontinuität“ zukomme, und verleiht diese Eigenschaft vor allem dem Eigentum wie überhaupt allen dinglichen Rechten. Es lassen sich aber zahlreiche Fälle denken, in denen z. B. das Eigentum durchaus nicht als kontinuierlich aufzufassen ist und deshalb auch nur ein vorübergehendes Erfüllungshindernis bildet (z. B. regelmäßig, wenn die versprochene Sache im Eigentume eines Kaufmannes steht). Da also demnach die besonderen Tatumstände die „Natur“, den „Charakter“, wie des Eigentums, so überhaupt jedes Zustandes der Unmöglichkeit ändern können,[6]) so wird anzunehmen sein, daß nicht die „Natur“ der Erfüllungshindernisse, sondern die Summe der Verhältnisse des Einzelfalls für die Frage, ob die Unmöglichkeit eine dauernde oder eine zeitweilige ist, entscheidend sei. Kisch scheint mir deshalb Recht zu haben, wenn er sagt (S. 22 Anm. 9):

„Die Formel, das Wiederaufhören der Unmöglichkeit müsse in der ‚Natur‘ derselben gegeben sein, dürfte freilich trotz ihrer allgemeinen Fassung nicht zutreffen. Die Tatsachen, welche eine auch nur vorübergehende Unmöglich-

[6]) vgl. Mot. II S. 45: „Es entscheidet auch diesfalls die besondere Beschaffenheit des in Frage kommenden Schuldverhältnisses, wonach derselbe Umstand in einem Falle als nur vorübergehende, im anderen Falle als dauernde Unmöglichkeit erscheinen wird.“

keit aufheben, ergeben sich nicht aus ihr, sondern sind außerhalb derselben begründet. Die Frage, ob eine Unmöglichkeit dauernd oder vorübergehend sei, läßt sich überhaupt nicht aus ihrer eigenen ‚Natur', sondern nur aus den sie begleitenden äußeren Umständen, namentlich den Entstehungs- und Aufhebungstatsachen der Unmöglichkeit beantworten."

Mit Mommsen stimmt Windscheid (Pand. § 360) überein, der teilweise Unmöglichkeit annimmt, „wenn das Wiederaufhören in der Natur der Unmöglichkeit begründet ist". Auch das Reichsgericht (Bd. 5 S. 278) hat sich der Ansicht Mommsens angeschlossen.

Dagegen erscheint v. Savigny (System III S. 167) die Unmöglichkeit schon dann als eine zeitweilige, wenn „die Veränderung, wodurch die Möglichkeit herbeigeführt werden kann, von der Art ist, daß man sie als ein gewöhnliches und nicht unwahrscheinliches Ereignis wohl erwarten kann."

Diejenigen Schriftsteller, welche die Lehre der Unmöglichkeit auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuches zum Gegenstande ihrer wissenschaftlichen Betrachtungen gemacht haben, stimmen meist in der Hauptsache mit der hier vertretenen Anschauung überein:

So verlangt Kleineidam (S. 96): Es müsse „dem das Erfüllungshindernis bildenden Umstande nach der Verkehrsanschauung der Charakter des Beharrens in dem Grade fehlen, daß die Behebung dieses Hindernisses als das zu Erwartende und der durch sie herbeigeführte Zustand als ein mit demjenigen, welcher vor dem Unmöglichwerden bestand, identischer, nicht bloß als ein gleichartiger angesehen wird". Eine Ergänzung hierzu bilden noch die folgenden Worte Kleineidams (S. 26), in denen er die dauernde Unmöglichkeit bestimmt: „Es genügt, daß der die Unmöglichkeit verursachende Umstand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge auf eine für die Dauer des

konkreten Schuldverhältnisses nicht angemessene Zeit die Erfüllung der Leistung verhindert."

Nach Planck (S. 81) ist die Unmöglichkeit „keine dauernde, wenn sie ihrer Natur nach vorübergehend ist oder ihre Hebung doch nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge in Aussicht steht. Nur die Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles wird zu einer richtigen Entscheidung führen".

Ähnlich erklärt sich auch Kisch (S. 24): „Die Unmöglichkeit ist so lange eine dauernde, als sich nicht aus allgemeinen Erfahrungssätzen oder aus den Umständen des Einzelfalles sichere Anhaltspunkte dafür ergeben, daß das Hindernis entfallen wird, und zwar rechtzeitig genug, damit durch die nachträgliche Leistung die Vertragszwecke noch erfüllt werden können."

Von der hier vertretenen Ansicht weicht Titze ab. Titze (S. 37) führt aus: „Wie auf der einen Seite jede Leistung für immer unmöglich geworden ist, sobald einmal die zeitliche Grenze, bis zu welcher allein die nachträgliche Leistung noch als Erfüllung der Schuldverbindlichkeit angesehen werden kann, überschritten ist, so hat auf der andern Seite jede Leistung, die noch innerhalb dieser Grenze möglich wird, auch als Leistung im Sinne des Schuldverhältnisses zu gelten. Einerlei ist es, ob der Wegfall der Unmöglichkeit von vornherein mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war, bezw. sich hinterher als die Folge eines regelmäßigen Verlaufes der Dinge darstellt, oder ob er ursprünglich außerhalb aller Wahrscheinlichkeit lag und nur durch ungewöhnliche, zufällige, regelwidrige Ereignisse herbeigefürt wurde. Auch in letzterem Falle hat der Schuldner die rechtzeitig möglich gewordene Leistung zu bewirken."

Denselben Gedanken wiederholt Titze auf S. 148.

Die Ansicht Titzes halte ich nicht für richtig, da sie mir aus dem oben ausgeführten Grunde mit dem Gesetze

im Widerspruch zu stehen scheint. Titze entscheidet die Frage, ob die Unmöglichkeit eine dauernde oder eine zeitweilige ist, nicht vom Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit aus, aber auch nicht einmal von der Zeit der Fälligkeit aus, sondern läßt die Entscheidung bis zu dem Augenblicke offen, bis zu dem die Bewirkung der Leistung noch als Erfüllung gilt, also unter Umständen weit über die Fälligkeit hinaus.

Zur Ergänzung unserer obigen Ausführungen sei noch erwähnt, daß die Entscheidung über die Dauer der Unmöglichkeit zu treffen ist unabhängig von der Kenntnis der Parteien. Es ist demnach zeitweilige Unmöglichkeit selbst dann vorhanden, sofern die oben angeführten Voraussetzungen vorliegen, wenn die Kontrahenten die Beendigung der Unmöglichkeit nicht einmal voraussehen konnten, denn das wirkliche Sachverhältnis kann durch das Kennen oder Nichtkennen der Parteien nicht geändert werden. [7])

Die hier behandelte Unterscheidung der Unmöglichkeit (i. w. S.) nach ihrer Dauer ist sowohl für die objektive Unmöglichkeit [8]), wie für das Unvermögen des Schuldners zur Leistung zu machen. Mommsen (S. 8) nimmt zwar an, daß die subjektive Unmöglichkeit meist nur dann eine dauernde sei, „wenn ein seiner Natur nach dauernder Rechtszustand der Leistung entgegensteht", während „die allein auf faktischen Hindernissen beruhende subjektive Unmöglichkeit regelmäßig nur als eine Unmöglichkeit in Beziehung auf die Zeit der Leistung in Betracht" komme. Diesen Ausführungen möchte ich mich nicht anschließen, ich glaube vielmehr, daß auch das durch tatsächliche Gründe verursachte Unvermögen in vielen Fällen

---

[7]) Ebenso Kleineidam S. 98.

[8]) vgl. Mommsen S. 8: „Die objektive Unmöglichkeit ist in der Regel eine dauernde, wenn auch Fälle einer zeitweiligen objektiven Unmöglichkeit keineswegs ausgeschlossen sind."

als dauerndes im Sinne der Rechtsordnung aufzufassen ist. Dieser Gegensatz dürfte sich aus der verschiedenen Bestimmung des Begriffs der zeitweiligen Unmöglichkeit (i. w. S.) ergeben. Mommsen begründet seine Ansicht durch den Tatbestand, daß „das Hindernis in einem faktischen, dem Recht widerstreitenden Zustande besteht, z. B. wenn die zu leistende Sache entwendet oder geraubt ist". Da „einem solchen Zustande selbstverständlich der Charakter der Kontinuität nicht beigelegt werden" könne, so sei die subjektive Unmöglichkeit auch nur eine zeitweilige. Wenn man aber nach dem hier vertretenen Standpunkte aus den Tatumständen des konkreten Falles heraus die Dauer, welche der Unmöglichkeit im Sinne der Rechtsordnung beizumessen ist, bestimmt, so wird man im Gegensatz zu Mommsen häufig dauerndes Unvermögen annehmen müssen, wenn das Unvermögen darauf beruht, daß die zu leistende Sache entwendet oder geraubt ist.

Auch für die anfängliche und die nachträchliche Unmöglichkeit (i. w. S.) müssen die Unterscheidungsmerkmale zwischen der dauernden und der zeitweiligen die gleichen sein, denn die Trennung zwischen der anfänglichen und der nachträglichen Unmöglichkeit ist, wie wir oben gesehen haben, eine rein äußerliche nach dem Zeitpunkte, in dem die Unmöglichkeit eintritt. Im übrigen gilt in beiden Fällen derselbe Unmöglichkeitsbegriff.

Wie oben gezeigt wurde, ist die zeitweilige Unmöglichkeit kein scharfumgrenzter Begriff, sondern sie läßt sich nur von Fall zu Fall unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Tatbestandes bestimmen. Diese Feststellung wird manchmal Schwierigkeiten bereiten, und es dürfte daher angebracht sein, auf die Erfüllungshindernisse im einzelnen etwas genauer einzugehen.

1. Die Unmöglichkeit (i. w. S.) ist die Folge eines in der Person des Schuldners liegenden Grundes. Ist der Schuldner gestorben, so ist die Leistung in allen den

Fällen selbstverständlich dauernd unmöglich, in denen sie nur vom Schuldner erfüllt werden konnte, und die Erben können auf die Bewirkung der Leistung selbst nicht belangt werden. Hierher gehören die Verpflichtungen der Künstler, der Ärzte, sowie überhaupt aller derjenigen Personen, auf deren besondere Fähigkeiten und besondere Vertrauenswürdigkeit es in hohem Maße ankommt. Kann die Leistung dagegen auch von einem Dritten vorgenommen werden, so wird der Tod des Schuldners für dessen Erben, soweit er die Leistung überhaupt unmöglich macht, meist nur eine zeitweilige Unmöglichkeit herbeiführen. Krankheit wird im allgemeinen ein vorübergehendes Hindernis bilden. Fehlt dem Schuldner das Eigentum der versprochenen Sache, so wird meist dauernde Unmöglichkeit anzunehmen sein,[9]) doch wird in zahlreichen Fällen auch zeitweilige Unmöglichkeit vorliegen.[10])

2. Die Unmöglichkeit beruht auf einem in der Person des Gläubigers liegenden Grunde in den Fällen, in denen überhaupt die Person des Gläubigers wesentlich ist. Hier läßt sich z. B. anführen, daß der Arzt einen Menschen operieren, der Lehrer einer Person Unterricht erteilen soll. Entsprechend den Ausführungen zu 1. hat der Tod dauernde, Krankheit nur vorübergehende Unmöglichkeit zur Folge. Könnte ein versprochenes Grundstück nicht aufgelassen werden, weil der Gläubiger als Ausländer im Inlande keinen Grundbesitz erwerben kann, eine versprochene Grunddienstbarbeit dem Gläubiger nicht verschafft werden, weil ihm das herrschende Grundstück nicht gehört, so wird man sich in der Regel für dauernde Unmöglichkeit entscheiden müssen, es sei aber wieder hervorgehoben, daß die konkreten Umstände die Hinder-

---

[9]) Ebenso RG. Bd. 31 Nr. 38 u. Bd. 52 Nr. 25.

[10]) vgl. Dernburg, BGB. II S. 128: „wenn ein Kunsthändler ein Gemälde verspricht, das der Eigentümer auf Verkauf arbeitet."

nisse sehr wohl als bloß vorübergehende erscheinen lassen können.

3. Ist der Schuldner vom Erfüllungsorte durch Überschwemmung oder andere Verkehrsstörungen abgeschnitten, so werden diese Hindernisse gewöhnlich als vorübergehende zu betrachten sein. Ist eine Leistung unmöglich, weil zu ihrer Bewirkung nach dem gegenwärtigen Stande unserer Kenntnisse und Erfahrungen mehr als natürliche Mittel oder die natürlichen Schranken übersteigende menschliche Fähigkeiten erforderlich sind (z. B. die Lieferung eines perpetuum mobile), so liegt regelmäßig dauernde Unmöglichkeit selbst dann vor, wenn es nicht ausgeschlossen oder gar wahrscheinlich ist, daß infolge der Fortentwicklung der Wissenschaft und Technik die Leistung möglich werden wird. Ist die zu leistende Sache untergegangen, so ist die Erfüllung dauernd unmöglich, wenn die Sache individuell bestimmt ist, dagegen, wenn überhaupt, in der Regel nur zeitweilig unmöglich, wenn es sich um vertretbare Sachen handelt. Dem Untergange wird man es im allgemeinen gleichstellen können, wenn die Sache entwendet, geraubt, verloren oder sonst der Verfügungsmacht des Schuldners entzogen ist, sobald die Versuche der Wiedererlangung vergeblich gewesen sind. Von dem Verlieren ist das bloße Verlegen der Sache zu unterscheiden, wo sich die Sache zwar noch in der Machtsphäre des Eigentümers befindet, ihr Aufenthaltsort aber unbekannt ist. Hier wird meist zeitweilige Unmöglichkeit anzunehmen sein.[11]) Dem gänzlichen Untergange der Sache steht die bloße Beschädigung gegenüber, welche eine Wiederherstellung zuläßt und demnach auch nur ein vorübergehendes Erfüllungshindernis[12]) bildet. Allerdings wird

[11]) vgl. Fischer S. 19.

[12]) Beim Kaufe sind aber die leicht reparablen Mängel den nicht zu beseitigenden Mängeln gleichzustellen; anders bei der Miete §§ 536, 537 und beim Werkvertrage §§ 633, 634; vgl. Fischer S. 35 Anm. 55.

es nicht immer ganz leicht sein, zu entscheiden, ob die erneuerte Sache wirklich nur eine reparierte und deshalb mit der alten noch identische ist, oder ob sie eine ganz neue und der alten nur ähnliche[13]) ist. Zur Erläuterung seien zwei Entscheidungen aus Seufferts Archiv angeführt: In dem ersten Falle hatte ein Gastwirt auf 20 Jahre ein Gebäude zur Benutzung als Wohnung gemietet. Im 7. Mietjahre wurde dieses Gebäude vollständig ein Raub der Flammen. Der Gastwirt verlangte nun den Wiederaufbau und die Wiedereinräumung des Gebäudes. Das Oberlandesgericht Kiel wies ihn aber mit Recht mit seiner Klage ab. Die Begründung der Entscheidung besagt: Die Regel, daß der Vermieter einer Sache verpflichtet ist, die Sache, sobald und soweit dies möglich ist, reparieren zu lassen, findet „allerdings auch auf abgebrannte Gebäude Anwendung, insofern diese nur Bestandteile und Pertinenzen eines größeren, vermieteten oder verpachteten Ganzen sind, das Abbrennen derselben also nur als Beschädigung des Mietobjektes erscheint; der gänzliche Untergang des Mietobjektes aber hebt den Mietkontrakt für die Zukunft auf, gleichviel, ob die Sache wiederhergestellt werden kann oder nicht, und wo ein Haus allein vermietet worden ist, gilt das totale Abbrennen des Hauses gesetzlich als ein den Mietkontrakt aufhebender Untergang des Mietobjektes“ (Sf. Bd. 21 Nr. 45). In voller Übereinstimmung mit dieser Entscheidung wurde in einem anderen Falle (Sf. Bd. 7 Nr. 171) anerkannt, daß „der Pächter, welcher einen Vollhof auf die Dauer von 12 Jahren gepachtet hatte, zur einseitigen Aufhebung des Vertrages

---

[13]) vgl. Titze S. 32 Anm. 1. „Nicht hierher gehören diejenigen Fälle, wo die ursprünglich stipulierte Leistung dauernd unmöglich geworden ist und später an ihrer Stelle eine „ähnliche“ Leistung möglich wird. Es kauft z. B. jemand das Füllen der Stute Bellona. Dieses verendet noch vor der Übergabe; die Stute wirft aber später ein zweites Füllen.“

aus dem Grunde nicht für befugt gehalten werden könne, weil das auf dem Hofe befindliche Hauptgebäude niedergebrannt sei. Die Zerstörung des Hauptgebäudes fasse nur einen teilweisen und vorübergehenden Untergang bezw. Behinderungsgrund für die Benutzung des Pachtobjektes in sich." Diese beiden auf Grund des gemeinen Rechts gefällten Entscheidungen entsprechen völlig dem Standpunkte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

4. Wie wir oben gesehen haben, kann unter Umständen die Unmöglichkeit selbst dann, wenn die Hindernisse nur vorübergehende sind, juristisch eine dauernde sein, wenn die Leistungszeit so wesentlich ist, daß eine verspätete Leistung nicht mehr als Erfüllung gelten kann.[14]) Wann dies der Fall ist, wird sich aus dem Inhalte und dem Zwecke des Vertrages ergeben, auf dem die Verpflichtung beruht. Im besonderen können die Fixgeschäfte genannt werden. Ferner seien zwei unter sich ähnliche Entscheidungen bei Seuffert herangezogen (Bd. 45 Nr. 176 und Bd. 54 Nr. 81). In beiden Fällen handelte es sich um Lieferung einer größeren Menge Mehls, das nach übereinstimmender Erklärung beider Parteien in der Mühle des Schuldners hergestellt sein mußte. In beiden Fällen wurde dem Schuldner die Lieferung infolge Zerstörung der Mühle durch Brand so lange unmöglich, bis die beabsichtigte Wiederherstellung der Mühle vollendet war. Es handelt sich beide Male um die Frage, ob dauernde oder zeitweilige Unmöglichkeit vorliegt, und ob die Müller zur nachträglichen Lieferung des Mehls berechtigt und verpflichtet sind oder nicht. In beiden Fällen hat das Reichsgericht dauernde Unmöglichkeit angenommen. In den Gründen der ersten Entscheidung heißt es: „Es ist je nach den Umständen und dem Inhalte des einzelnen Vertrages auch

---

[14]) vgl. Dernburg, BGB. II S. 129; Kisch S. 19; Planck S. 63; Titze S. 34.

einer zeitweiligen Behinderung rechtlich der Charakter einer dauernden dann zuzuschreiben, wenn dieselbe nach ihrer Art und Dauer den Zweck des Vertrages und den Inhalt der kontraktlichen Leistung wesentlich beeinträchtigt.“ Und ferner: „Es liegt auf der Hand, daß in einem Geschäftsbetriebe dieser Art die von seiten beider Kontrahenten auf die Konjunkturen berechneten Geschäfte auf Lieferung von Weizenmehl zum Vorteil oder Nachteil des einen oder anderen der Vertragsinteressenten in ihrem Zweck und in ihren Ergebnissen ganz wesentlich geändert werden konnten, wenn der Beklagte für verpflichtet zu achten wäre, nach Ablauf einer so erheblichen Zeit aus neu anzukaufendem Material die kontraktlich früher zu liefernde Ware noch jetzt herzustellen und zu den kontraktlichen Bedingungen zur Verfügung des Lieferungsberechtigten zu stellen.“ Dasselbe besagen die Gründe der zweiten Entscheidung: „Mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Bedeutung und Einwirkung der Zeitverschiebung wird die zeitweilige Unmöglichkeit der immerwährenden gleichgeachtet“, und weiter bezüglich des konkreten Tatbestandes: „Das Risiko, das sie damit traf, war nach Inhalt und Umfang von demjenigen Risiko, das die geschäftlichen Schwankungen innerhalb der vertraglichen Lieferungszeit mit sich brachten, gänzlich verschieden. Es hieße Unsicherheit und Beunruhigung in den regelmäßigen Geschäftsbetrieb hineintragen, wenn man auch jetzt noch dem einen die Beschaffung der Erfüllung, und dem andern deren Entgegennahme ansinnen wollte. Der Leistungsgegenstand wird selber verändert und hat die Fähigkeit, als Vertragserfüllung zu dienen, verloren.“ Diese scharfsinnigen Ausführungen des Reichsgerichts können uns zum Vorbilde dienen, in welcher Weise wir uns zwischen dauernder und zeitweiliger Unmöglichkeit zu entscheiden haben.

5. An letzter Stelle sei noch erwähnt, daß die Un-

möglichkeit meist dann eine juristisch dauernde sein wird, wenn sie auf Gesetzen (z. B. Einfuhrverboten) oder Verfügungen der Behörden beruht, soweit diese selbst ihre Geltung nicht auf einen bestimmten Zeitraum beschränken.

B. Die beseitigte Unmöglichkeit.

§ 3.

Der soeben betrachteten zeitweiligen Unmöglichkeit treten diejenigen Fälle gegenüber, in denen die Unmöglichkeit nachträglich beseitigt wird, ohne daß die Ursachen des Wegfalls in die Zeit des Beginns der Unmöglichkeit zurückreichen. Ich möchte hier von einer „beseitigten Unmöglichkeit" sprechen. Während das Wesen der zeitweiligen Unmöglichkeit darin besteht, daß sie sich von Anfang an als eine nur vorübergehende darstellt, geht die „beseitigte Unmöglichkeit" aus einem Zustande wenigstens juristisch dauernder Unmöglichkeit hervor. Es ist die Leistung tatsächlich im Sinne der Rechtsordnung unmöglich gewesen, und nur durch das Hinzutreten neuer, zufälliger Umstände wird sie nachträglich doch noch wieder möglich. Es sei hervorgehoben, daß man nicht etwa folgern darf, die Vertragsleistung sei im Sinne der Rechtsordnung dann als eine ununterbrochen mögliche aufzufassen, wenn die Unmöglichkeit vor der Fälligkeit beseitigt wird, die Leistung tatsächlich also vollkommen möglich ist, und es liege im Sinne der Rechtsordnung Unmöglichkeit nur in Ansehung der Zeit vor, wenn tatsächlich die Unmöglichkeit nach Fälligkeit, aber noch zu einer Zeit beseitigt wird, wo die Leistung noch als Erfüllung gelten kann. Es kann nicht geleugnet werden, daß diese Argumentation vom retrospektiven Standpunkte aus logisch richtig ist, und es ist deshalb de lege ferenda nicht ausgeschlossen, daß eine Rechtsordnung unter den soeben angegebenen Voraussetzungen Möglichkeit der Leistung, bezw. Unmög-

lichkeit nur hinsichtlich der Zeit annimmt,[15]) de lege lata aber ist diese Ansicht nicht haltbar, weil es, wie wir oben ausgeführt haben, nicht zweifelhaft sein kann, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche nur der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bezw. des Eintritts der Unmöglichkeit maßgebend ist. Der Gegensatz zwischen der für das Bürgerliche Gesetzbuch abgelehnten Ansicht und dem hier vertretenen Standpunkt ist von großer praktischer Bedeutung. Während nach der ersten Meinung die Folgen der Unmöglichkeit überhaupt gar nicht eingetreten sind, wenn die Unmöglichkeit nachträglich wegfällt, sind gemäß unserer Auffassung die Folgen der dauernden Unmöglichkeit schon wirksam geworden, und es fragt sich nur, ob und inwieweit die Wirkungen der Unmöglichkeit durch die Beseitigung der Unmöglichkeit wieder rückgängig gemacht werden können. Hierauf haben wir demnach auch unsere Untersuchung zu richten.

III. Die Folgen.

A. Die einseitig verpflichtenden Verträge.

1. Anfängliche Unmöglichkeit.

a) Objektive Unmöglichkeit.

§ 4.

I. § 306 des BGB. bestimmt: „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.“ § 306 spricht

[15]) vgl. ALR. § 57 I, 5: „Gleiche Bewandtnis hat es“ — d. h. der Vertrag besteht — „alsdann, wenn die bei Schließung des Vertrages obwaltende bedingte Unmöglichkeit bis zu der zur Erfüllung bestimmten Zeit aufhört“ und Förster-Eccius S. 531 Anm. 24: „Zu beachten ist dabei, daß nur die zur Zeit der Fälligkeit der Leistung vorhandene Unmöglichkeit in Betracht kommt.“ Ebenso auch Titze fälschlich für das heutige bürgerliche Recht, wie wir oben gesehen haben.

allgemein von einer „unmöglichen“ Leistung und denkt offenbar vor allem an eine dauernde Unmöglichkeit. Es unterliegt also keinem Zweifel, daß ein Vertrag immer dann nichtig ist, wenn er auf eine dauernd unmögliche Leistung gerichtet ist. Wie ist aber zu entscheiden, wenn die Leistung nur zeitweilig unmöglich ist? Es würde eine wenig befriedigende Lösung sein, wenn auch in diesen Fällen immer Nichtigkeit des Vertrages eintreten würde. In den Fällen der zeitweiligen Unmöglichkeit kann nur nicht rechtzeitig erfüllt werden, die Leistung ist also nur in einer ganz bestimmten Beziehung, nämlich nur bezüglich der Leistungszeit, nicht möglich, und es muß hier deshalb ebenso nur teilweise Unmöglichkeit der Leistung[16]) angenommen werden, wie diese dann vorliegt, wenn der Leistungsgegenstand nur zum Teil nicht gewährt werden kann. Juristisch ist es ganz gleich zu behandeln, ob der Schuldner statt am 1. 9. erst am 17. 9., oder statt 12 Pferden nur 10 Pferde liefern kann. In beiden Fällen ist eine teilweise Unmöglichkeit vorhanden. Wir haben also zu untersuchen, welche Folgen es hat, wenn ein Vertrag auf eine nur zum Teil unmögliche Leistung gerichtet ist. Die Unmöglichkeit ist der Grund der Nichtigkeit. Die Nichtigkeit kann deshalb auch nur so weit eintreten, als die Unmöglichkeit besteht, denn die Wirkung kann nicht über ihre Ursache hinausreichen. Ist deshalb die Leistung eine nur teilweise unmögliche, so kann der Vertrag auf Grund des § 306 auch nur zum Teil nichtig sein. Wäre

---

[16]) vgl. Mommsen S. 9 u. 153; Dernburg, BGB. II S. 129; Kleineidam S. 25; Mot. II S. 210; Planck II S. 68; Titze S. 71; aber Kisch, S. 22; (für die gegenseitigen Verträge): „Die zeitweilige Unmöglichkeit wird vielfach für eine Sonderart der teilweisen Unmöglichkeit erklärt. Diese Auffassung mag logisch zutreffend sein, doch empfiehlt sich eine Gleichstellung aus dem Grunde nicht, weil die praktische Behandlung der zeitweiligen anders als bei der teilweisen Unmöglichkeit geregelt ist.“

also die Leistung nur in Ansehung der Zeit unmöglich, so würde der Vertrag nach § 306 auch nur insoweit nichtig sein, als er den Schuldner verpflichtet, die Leistung zu der im Vertrage festgesetzten Erfüllungszeit zu bewirken, im übrigen aber käme er zustande. Der Schuldner wäre also berechtigt und verpflichtet, die Leistung zu machen, sobald sie möglich geworden ist. Aber im § 139 hat das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt: „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde." Im Gegensatz zu den logischen Folgen des § 306 besagt also der § 139, daß in der Regel der ganze Vertrag nichtig ist, wenn an sich auch nur ein Teil nichtig sein würde. Ist demnach eine Vertragsleistung zeitweilig unmöglich, so ist auf Grund des § 139 regelmäßig der ganze Vertrag nichtig.[17]) Aber dies gilt nicht ausnahmslos, vielmehr ist der Vertrag dann wenigstens teilweise gültig, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien bei Kenntnis der Sachlage in dem beschränkten Umfange kontrahiert hätten, d. h. im Hinblick auf unseren Fall, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien bei Kenntnis der Unmöglichkeit in den Vertrag einen späteren Leistungstermin aufgenommen hätten. Natürlich muß dies derjenige beweisen, der behauptet, daß der Vertrag zum Teil gültig und m. E. insoweit zu erfüllen sei. Dies geht deutlich aus der Fassung des § 139 hervor.[18])

II. Wir kommen jetzt zu den Fällen der „beseitigten, anfänglichen Unmöglichkeit". Es wird hier verschieden zu entscheiden sein, je nachdem die Parteien die Unmöglichkeit beim Vertragsabschlusse gekannt haben oder nicht.

---

[17]) Aber Oertmann S. 133: „Die Gültigkeit eines auf — eine schon ihrer Natur nach nur zeitweilig, vorübergehend unmögliche Leistung — gerichteten Versprechens ist auch ohne die besonderen Voraussetzungen des § 308 selbstverständlich".

[18]) Ebenso Kleineidam S. 26.

Wir beginnen mit dem Fall, daß den Kontrahenten die Unmöglichkeit entgangen war. Auf Grund unserer obigen Ausführungen steht dann fest (vgl. oben § 3), daß in den hier betrachteten Fällen die von den Parteien kontrahierten Verträge nichtig waren; es war zunächst kein Vertragsverhältnis zustande gekommen. Weiter steht es aber auch fest, daß ein vom Gesetz für nichtig erklärtes Rechtsgeschäft durch nachher eintretende, zufällige Umstände nicht ohne weiteres Gültigkeit erlangen kann,[19]) daß hierzu vielmehr eine besondere gesetzliche Bestimmung notwendig wäre. Diesem Bedürfnisse hat das Bürgerliche Gesetzbuch im § 308 Abs. 2 entsprochen: „Wird eine unmögliche Leistung unter einer anderen — als der in Abs. 1 genannten — aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins gehoben wird." Die Anwendbarkeit des § 308 Abs. 2 setzt also einen von einer aufschiebenden Bedingung oder von einem Anfangstermin abhängig gemachten Vertrag voraus. Streitig ist, was hier unter einem „Anfangstermin" zu verstehen sei. Ist nur an diejenigen Rechtsgeschäfte zu denken, deren „Wirkung" hinausgeschoben ist, oder auch an diejenigen, die sofort „wirksam" sind, und bei denen nur die Verpflichtung des Schuldners zur Bewirkung der Leistung hinausgeschoben ist. Ich glaube, daß hier nur die im Sinne des § 163 BGB. befristeten Rechtsgeschäfte in Betracht kommen, denn daß der eine Ausdruck „Anfangstermin" beide Fälle umfasse, wird man bei ihrer juristisch völlig verschiedenen Natur nicht annehmen dürfen, und die Stellung des Wortes „Anfangstermin" neben der „aufschiebenden Bedingung" dürfte für die hier vertretene Ansicht sprechen.[20]) Der

---

[19]) vgl. Cosack I S. 347.

[20]) vgl. Planck I S. 282; Kleineidam S. 30.

zum Beweise der entgegengesetzten Meinung aufgestellten Behauptung, daß für die obligatorischen Verträge der angegebene Unterschied gar nicht bestände,[21]) möchte ich nicht beitreten, wenn auch zugegeben werden muß, daß ihm für Schuldverhältnisse nur eine geringe praktische Bedeutung zukommt.[22]) Für die Gültigkeit der aufschiebend bedingten und befristeten Verträge genügt es aber nach § 308 Abs. 2, wenn die zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandene Unmöglichkeit vor dem Eintritt der Bedingung oder des Termins gehoben wird. Man wird aber wohl hinzufügen dürfen, daß die Verträge selbst dann noch wirksam sind, wenn die Beseitigung der Unmöglichkeit zeitlich mit dem Eintritt der Bedingung oder des Termins zusammenfällt.

Mommsen erklärt (S. 150) für das gemeine Recht, das eine dem § 308 Abs. 2 entsprechende Bestimmung hatte, daß diese Vorschrift zwei Beschränkungen unterworfen sei: „Die Unmöglichkeit muß zunächst eine solche sein, bei welcher nicht jede Aussicht auf eine demnächstige Beseitigung des Hindernisses ausgeschlossen ist. Ferner muß die Unmöglichkeit nicht in solchen Verhältnissen ihren Grund haben, daß es gegen die guten Sitten wäre auf die Aufhebung derselben zu rechnen.“ Die erste Ausnahme möchte ich mit Rücksicht auf die ganz allgemein gehaltene Fassung des § 308 Abs. 2 nicht gelten lassen. Mag die Wahrscheinlichkeit der Beseitigung der Unmöglichkeit auch noch so gering gewesen sein, tritt sie wirklich innerhalb des bestimmten Zeitraums ein, so ist der Vertrag gültig.[23]) Es ist nur, wie bereits oben erwähnt ist, darauf zu achten, daß auch wirklich die geschuldete Leistung möglich wird, und nicht bloß eine ähnliche Leistung. Die

---

[21]) So Titze S. 217/18.

[22]) vgl. Planck I S. 282; Mot. I S. 269.

[23]) vgl. Titze S. 219.

zweite Ausnahme wird man dagegen anerkennen müssen und noch auf den Verstoß gegen den Zweck einer gesetzlichen Vorschrift ausdehnen können. Z. B. es verpflichtet sich jemand unter einer aufschiebenden Bedingung, einem anderen seinen Anspruch auf die Erbschaft seines Onkels abzutreten. Da der Onkel noch lebt, ist die Leistung infolge des § 312 BGB. unmöglich. Zur Zeit der Erfüllung der Bedingung ist der Onkel gestorben, die Leistung ist also möglich geworden. Dennoch wird man die Nichtigkeit des Vertrags annehmen müssen.

Zweifelhaft könnte es sein, wie ein Vertrag der hier behandelten Art bis zum Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung bezw. des Anfangstermins juristisch zu beurteilen sei. Ein solcher bedingter oder befristeter Vertrag wird wohl zunächst als gültig zu betrachten sein. Er ist aber mit einer auflösenden conditio iuris behaftet des Inhalts, daß die Wirksamkeit fortfällt, wenn die Unmöglichkeit der Leistung nicht rechtzeitig beseitigt wird.[24])

Wenn die Beseitigung der Unmöglichkeit in dem Zeitraume zwischen dem Vertragsabschlusse und dem Termin eintritt, bis zu dem die Leistungspflicht des Schuldners hinausgeschoben ist, so müßte dennoch der Vertrag mangels einer Gesetzesvorschrift nichtig bleiben. Die einzige Möglichkeit, das Vertragsverhältnis aufrechtzuerhalten, würde darin bestehen, den Abs. 2 des § 308 analog auch auf diese Fälle auszudehnen. In der Tat bin

---

[24]) Ebenso Titze S. 220/21 mit ausführlicher Begründung anders Planck II S. 122: „Ob man in diesem Fall den Vertrag wegen Unmöglichkeit der Leistung als nichtig oder wegen Nichteintritts der Bedingung als unwirksam betrachtet, ist eine Frage der juristischen Konstruktion, die nach der verschiedenen Fassung der fraglichen Vorschrift in dem Entw. 1 und in dem BGB. von dem Entw. 1 in dem letzteren Sinne, von dem BGB. in dem ersteren Sinne beantwortet zu werden scheint. Praktisch ist die Frage ohne Bedeutung.“ Schollmeyer S. 159 faßt den Vertrag als einen durch zwei Bedingungen suspensiv bedingten auf.

ich geneigt, mich für diese Analogie zu entscheiden, da die Erwägungen, welche als ratio legis dem § 308 Abs. 2 zugrunde liegen, auch dann zutreffen, wenn nur die Fälligkeit der Vertragsleistung hinausgeschoben ist. Kann man sich aber zu diesem Wege nicht entschließen — und es muß zugestanden werden, daß von dem Mittel der Analogie nur mit Vorsicht Gebrauch zu machen ist —, so wird man es den Parteien überlassen müssen, durch eine neue Vereinbarung ihren Vertragszweck zu verwirklichen.

In allen übrigen Fällen ist die nachträgliche Beseitigung der Unmöglichkeit ohne jeden Einfluß, und im besonderen bleibt der Vertrag dann nichtig, wenn die Unmöglichkeit nach dem Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermines oder nach der Fälligkeit der Leistung gehoben wird, mag auch an sich die nachträgliche Leistung als Erfüllung gelten können.[25])

Es kann sich aber auch der Fall ereignen, daß die anfänglich dauernde Unmöglichkeit sich nachträglich in eine nur zeitweilige umwandelt. Im Gesetze ist dieser Tatbestand nicht berücksichtigt worden, es dürfte aber zulässig sein, unsere letzten Ausführungen entsprechend zur Anwendung zu bringen, und deshalb dann, wenn die Unmöglichkeit innerhalb des in § 308 Abs. 2 angegebenen Zeitraums „gehoben", d. h. hier zu einer nur zeitweiligen herabgemindert wird, so zu entscheiden, als wenn die Unmöglichkeit bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses eine nur zeitweilige gewesen wäre. Es würde also auf Grund des § 306 mit § 139 zu prüfen sein, ob der Vertrag gültig ist oder nicht.

Es muß endlich noch der Fall betrachtet werden, daß die ursprüngliche „Unmöglichkeit" sich nachher in ein bloßes „Unvermögen" des Schuldners umwandelt. Aus unseren Ausführungen ergibt sich, daß diese Abschwächung

---

[25]) vgl. Planck II S. 122.

der Leistungsunmöglichkeit höchstens dann eine Wirkung haben kann, wenn sie sich beim Vorliegen eines bedingten oder befristeten Rechtsgeschäfts innerhalb der im § 308 Abs. 2 bezeichneten Frist vollzieht. Wenn aber innerhalb dieses Zeitraums die objektiv unmögliche Leistung zu einer bloß subjektiv unmöglichen wird, so ist im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches keine „Unmöglichkeit" mehr vorhanden, die „Unmöglichkeit ist gehoben." Es sind also die Voraussetzungen des § 308 Abs. 2 erfüllt und die dort festgesetzten Folgen müssen eintreten.[26]) Der Vertrag ist demnach gültig. Es ist selbstverständlich, daß dieses Ergebnis nur dann gerechtfertigt ist, wenn überhaupt ein Vertrag gültig ist, der auf eine Leistung gerichtet ist, zu deren Bewirkung der Schuldner „unvermögend" ist. Dieses ist aber, wie wir unten im § 5 sehen werden, der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß, wenn ein Vertrag trotz anfänglicher Unmöglichkeit aus dem soeben ausgeführten Grunde gültig sein würde, das ganze Kontraktsverhältnis nach denjenigen Vorschriften zu beurteilen wäre, welche die Rechtsbeziehungen unter den Kontrahenten bei anfänglichem Unvermögen des Schuldners regeln.[27])

Wenn die Parteien bei Abschluß des Vertrages die Unmöglichkeit gekannt haben, so ist zu unterscheiden, welchen Zweck sie mit dem trotz Kenntnis der Unmöglichkeit vorgenommenen Rechtsgeschäft verfolgt haben. Es dürften vor allem drei Motive auf seiten der Kontrahenten in Betracht kommen:

1. Sie haben das Geschäft eben auf Grund der Unmöglichkeit nur zum Scherz vorgenommen, ohne überhaupt daran zu denken, daß die Unmöglichkeit beseitigt werden

---

[26]) vgl. Titze S. 219: „Es genügt, wenn sich die objektive Unmöglichkeit der Leistung noch vor dem Tage der Fälligkeit in eine subjektive umwandelt."

[27]) vgl. unseren § 5.

könnte. Hier gilt § 108 BGB.[28]) „Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig." Der Vertrag ist und bleibt also unwirksam, mag die Leistung nachträglich möglich werden oder nicht. Für die Anwendbarkeit des § 108 genügt es, daß nur einer Partei die Absicht fehlte, einen rechtsgültigen Vertrag abzuschließen, sofern sie nur annahm, auch die andere Partei wolle nicht ernstlich kontrahieren. Wenn die Partei dagegen nicht davon überzeugt war, daß ihr Vertragsgegner die Unmöglichkeit kenne und m. E. ein wirksames Rechtsgeschäft nicht eingehen wolle, so sind die §§ 306 und 308 maßgebend, die wir oben besprochen haben.[29])

2. Die Parteien haben mit der Möglichkeit gerechnet, daß die Leistung doch noch einmal bewirkbar werden möchte, und haben von dem Eintritt dieses Umstandes die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts abhängig gemacht. Diesen Tatbestand berücksichtigt das BGB. im § 308 Abs. 1: „Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vertrages nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird." Der Abs. 1 des § 308 setzt also voraus, daß die Parteien die Unmöglichkeit kannten und den Vertrag bewußt unter der Bedingung des Möglichwerdens abschlossen, dagegen ist nicht nötig, daß die Bedingung ausdrücklich hinzugefügt wurde, vielmehr genügt es, wenn aus den Umständen hervorgeht, daß die Parteien die Bedingung vor Augen gehabt haben.[30]) Nicht aber ist der Vertrag schon deshalb gültig, weil an-

---

[28]) vgl. auch BGB. § 117.

[29]) Daneben haftet die Partei auf das negative Vertragsinteresse aus § 307 BGB.

[30]) vgl. Planck II S. 121; Schollmeyer S. 157; Oertmann S. 133.

zunehmen ist, daß die Parteien bei Kenntnis der Unmöglichkeit unter der Bedingung kontrahiert hätten.[31]) Im übrigen können wir auf das oben zu Abs. 2 des § 308 ausgeführte verweisen. Zwar macht Titze S. 215 für Abs. 1 und Abs. 2 insofern einen Unterschied, als er im Falle des Abs. 1 verlangt, daß „nach der uns innewohnenden Erfahrung das spätere Möglichwerden der Leistung nicht gänzlich ausgeschlossen" sei. Ich glaube, daß diese verschiedene Behandlung der Abs. 1 und 2 nicht notwendig und auch durch die Worte des Abs. 1: „wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann," nicht erfordert ist. Diejenigen Fälle, die Titze mit seinen oben zitierten Worten offenbar treffen will, werden in der Regel dem unter 1 behandelten Tatbestande zu subsumieren und aus § 118 nichtig sein.

3. Der Schuldner ist die Verpflichtung zu der unmöglichen Leistung eingegangen in der Hoffnung auf die Beseitigung der Unmöglichkeit. Es liegt ein Spekulationsgeschäft vor. Der Schuldner hat die Garantie für die Möglichkeit der Leistung übernommen, sich dafür aber auch eine entsprechend höhere Gegenleistung versprechen lassen. Hier ist der Vertrag stets gültig. Wird die Leistung möglich, so wird sie bewirkt, bei Fortdauer der Unmöglichkeit hat dagegen der Schuldner vollen Schadensersatz zu leisten.

b) Unvermögen des Schuldners.

§ 5.

I. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält über das anfängliche Unvermögen keine ausdrückliche Bestimmung. Das Fehlen einer solchen Vorschrift muß sehr bedauert werden, da aus der Gesamtheit der die Unmöglichkeit

---

[31]) vgl. Titze S. 216.

(i. w. S.) betreffenden Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht mit Sicherheit ersehen werden kann, wie das Gesetzbuch das anfängliche Unvermögen behandelt wissen will. Es sind daher auch in der Literatur die verschiedensten Ansichten vertreten worden, die sich alle mit dem Gesetz mehr oder minder in Einklang bringen lassen. Aus diesem Grunde darf ich mich nicht darauf beschränken, nur als Resultat anzugeben, welche Folgen meiner Meinung nach das anfängliche Unvermögen hat, ich werde vielmehr, wenn auch in aller Kürze, auszuführen haben, warum ich mich der einen Auffassung angeschlossen habe und nicht einer anderen.

Mit Rücksicht auf das zeitweilige, anfängliche Unvermögen sind vor allem zwei Fragen wichtig, deren Beantwortung zweifelhaft sein könnte:

1. Wie steht es mit der Gültigkeit eines Vertrages, der auf eine anfänglich subjektiv unmögliche Leistung gerichtet ist?

2. In welchem Umfange ist der Schuldner verpflichtet, sein Unvermögen zur Leistung zu vertreten?

ad 1. Aus dem § 306 kann man im Hinblick auf die im Bürgerlichen Gesetzbuch streng durchgeführte Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen und auf das Fehlen einer dem § 306 entsprechenden Vorschrift für das anfängliche Unvermögen mittels argumentum e contrario folgern, daß die anfängliche subjektive Unmöglichkeit einer Vertragsleistung die Gültigkeit des Vertrages nicht berührt. Bestärkt wird diese Schlußfolgerung noch durch § 275 Abs. 2, welcher das nachträgliche Unvermögen der nachträglichen Unmöglichkeit gleichstellt. Hätte also das Bürgerliche Gesetzbuch auch der anfänglichen Unmöglichkeit und dem anfänglichen Unvermögen die gleiche Wirkung verleihen wollen, so würde es sicherlich eine dem § 275 Abs. 2 analoge Bestimmung für diesen Fall enthalten.

ad 2. Steht aber fest, daß der Vertrag trotz des anfänglichen Unvermögens wirksam ist, so folgt daraus, daß auch der Schuldner zur Leistung verpflichtet ist, und daß ganz besondere Gründe vorhanden sein müssen, wenn der Schuldner trotz der Gültigkeit des Vertrages auf Grund seines Unvermögens von jeder Leistungspflicht befreit sein soll. Als solche Befreiungsgründe könnten in Betracht kommen:

1. daß es die Natur des Unvermögens mit logischer Notwendigkeit verlange. Dies trifft nicht zu und wird auch wohl von niemandem behauptet werden.

2. daß es dem Willen der Parteien entspreche. Ohne Zweifel kann eine solche Absicht der Parteien unter Umständen vorhanden sein (z. B. bei Schenkungen), aber sie generell anzunehmen, dürfte nicht zulässig sein.

3. daß das Gesetz es anordnete. Eine Gesetzesvorschrift dieses Inhalts fehlt aber im Bürgerlichen Gesetzbuch.[32])

Es ergibt sich also, daß ein auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag gültig ist, und daß der Schuldner stets für sein Leistungsvermögen einzustehen hat.[33])

Auf die Ansicht Titzes (S. 251) sei etwas näher eingegangen, weil sie vermittelnd zwischen den verschiedenen Meinungen zu stehen und den Vorzug der Billigkeit für sich zu haben scheint. Titze will die für die nachträg-

---

[32]) vgl. dagegen § 275 Abs. 1 für die nachträgliche Unmöglichkeit.

[33]) Ebenso Cosack § 100; Kleineidam S. 48/49; Oertmann § 306 1 b; Planck § 306 Ziff. 4; Schollmeyer § 306 Ziff. 1; dagegen gibt Dernburg dem Gläubiger trotz Nichtigkeit Anspruch auf das volle Erfüllungsinteresse (BGB. II S. 130/31); Biermann (S. 96) rät zu analoger Anwendung der §§ 2170, 2171, Wertersatz; für Nichtigkeit des Vertrages und m. E. Befreiung des Schuldners entscheiden sich Stammler S. 107; Krug S. 39ff.; Reinke S. 57.

liche Unmöglichkeit erlassenen Rechtssätze auf das anfängliche Unvermögen analog zur Anwendung bringen. Er entscheidet sich also auch für die Gültigkeit des Vertrages, verpflichtet aber, im Gegensatz zu unseren obigen Ausführungen, den Schuldner, sein Unvermögen zu vertreten und m. E. Schadensersatz zu leisten, nur dann, wenn ihn ein Verschulden trifft, wenn er vertraglich die Garantie für sein Leistungsvermögen übernommen hat, und endlich, wenn das Gesetz es ihm ausdrücklich auferlegt. Da aber die Umstände, auf denen das anfängliche Unvermögen beruht, vor dem Vertragsabschlusse schon entstanden sind, der Schuldner aber Vorgänge, die vor dem Vertragsabschlusse liegen, niemals „verschuldet" haben kann, so ergibt sich, daß der Schuldner wegen Verschulden seines anfänglichen Unvermögens nie wird haftbar gemacht werden können. Der von Titze angeführte Fall, daß der Schuldner sein Unvermögen dann verschuldet habe, wenn er es bei Aufwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte beseitigen können, dies aber unterlassen hat, ist zu Unrecht herangezogen, da er überhaupt keine anfängliche, subjektive Unmöglichkeit enthält, vielmehr wird hier die anfänglich mögliche Leistung erst dann nachträglich unmöglich, wenn die Fähigkeit des Schuldners, die bestehenden Erfüllungshindernisse zu beseitigen, fortgefallen ist. Beruht aber die Vertretungspflicht des Schuldners auf vertraglicher Garantieübernahme oder Gesetzesvorschrift, so liegen Ausnahmefälle vor, die ebenfalls bei der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit entgegen § 306 dem Schuldner den Ersatz des Erfüllungsinteresses auferlegen können. Tatsächlich führt also Titzes Ansicht dazu, daß der Schuldner regelmäßig trotz Gültigkeit des Vertrages von jeder Leistungspflicht befreit ist.

Nach unseren Anschauungen können wir sagen, daß das zeitweilige anfängliche Unvermögen stets eine vom Schuldner zu vertretende subjektive Unmöglichkeit in

Ansehung der Zeit ist. Nach Planck (II S. 97) bedeutet aber auch „Verzug die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit".[33]) Es erhebt sich die Frage, in welchem Verhältnis Verzug und Unmöglichkeit (i. w. S.) zueinander stehen, und ob nicht die Regeln des Verzuges auf den hier behandelten Fall Anwendung finden können. Nach den §§ 284 und 285 BGB. liegt Verzug dann vor, wenn der Schuldner trotz einer nach dem Eintritte der Fälligkeit erfolgten Mahnung, bezw. zu der kalendermäßig bestimmten Erfüllungszeit nicht leistet aus einem Grunde, den er zu vertreten hat. Verzug setzt also voraus:

1. Fälligkeit der Leistung.

2. Eine Mahnung nach Fälligkeit, soweit nicht die Erfüllungszeit kalendermäßig festgesetzt ist.

3. Unterbleiben der Leistung trotz Mahnung bezw. Fälligkeit.

4. Der Schuldner muß den Umstand zu vertreten haben, auf dem das Unterbleiben der Leistung beruht.

5. Aus dem Ausdruck „Verzug" geht hervor, daß die Bewirkung der Leistung nur verzögert sein darf, nachträglich aber noch muß erfolgen können, denn es hat keinen Sinn, von einer „Verzögerung" einer Leistung zu sprechen, deren Erfüllung gänzlich ausgeschlossen ist.[34])

Da also der Verzug durch nicht rechtzeitige Leistung entsteht, so enthält er zugleich immer eine Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit, denn ist die Erfüllungszeit einmal vergangen, so ist es eben unmöglich, an dem richtigen Termin zu leisten. Ob aber diese Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit erst durch die Verabsäumung des Erfüllungstermins herbeigeführt wird (z. B. wenn der

---

[33]) Ebenso Titze S. 41 u. Anm. 13 S. 161; Kisch S. 21; Fischer S. 7; Mot. II S. 56; Treitel S. 72.

[34]) Ebenso Titze S. 41.

Schuldner nicht leisten wollte) oder bereits vor dieser Zeit begründet war im Falle der zeitweiligen Unmöglichkeit (i. w. S.), kann für die juristische Behandlung keinen Unterschied machen, da § 285 als Ursache des Unterbleibens der Leistung ganz allgemein nur irgend einen beliebigen Umstand verlangt, den der Schuldner zu vertreten hat. Es zeigt sich also, daß der Schuldner auch dann in Verzug kommt, wenn er die Leistung nicht rechtzeitig bewirkt, weil sie ihm zeitweilig unmöglich ist, vorausgesetzt, daß er das Unvermögen zu vertreten hat.[35]) Daß auch das Bürgerliche Gesetzbuch den Verzug als eine Unterart der Erfüllungsunmöglichkeit auffaßt, geht daraus hervor, daß Verzug und Unmöglichkeit (i. w. S.) nach den gleichen Grundprinzipien geregelt sind[36]): § 280 Abs. 1 entspricht dem § 286 Abs. 1. § 280 Abs. 2 sagt dem Sinne und zum Teil auch den Worten nach genau dasselbe wie § 286 Abs. 2. § 325 wird durch § 326 ergänzt.[37]) Wie wir aber oben gesehen haben, besteht die Abweichung des Verzuges von der Unmöglichkeit darin, daß der Verzug im Gegen-

---

[35]) Anderer Meinung Dernburg, BGB. II S. 152 Anm. 3, der die oben zitierte Verzugsdefinition Plancks als eine „merkwürdige Begriffsbestimmung" bezeichnet und dazu bemerkt: „Und doch ist zweifelsohne in Verzug, wer leisten kann, aber böswillig nicht leistet." Diesen Fall deckt aber auch die Plancksche Definition, wie oben bewiesen ist.

[36]) vgl. auch Mot. II S. 60: „Aus der richtigen Auffassung, daß der Verzug die Nichterfüllung der Verbindlichkeit in einer gewissen Richtung ist, ergibt sich die Notwendigkeit, die Voraussetzungen des Verzuges bezw. seiner Folgen in subjektiver Hinsicht einheitlich in Übereinstimmung mit den Grundsätzen über die Vertretbarkeit der Nichterfüllung bezw. über die Unmöglichkeit der Erfüllung festzusetzen. Aus jener prinzipiellen Auffassung folgt daher, daß der Schuldner sich gegen den Vorwurf des Verzuges in demselben Umfange und durch dieselben Umstände, wie gegenüber vertretbarer gänzlicher Unmöglichkeit oder anderer teilweiser Unmöglichkeit der Erfüllung muß exkulpieren können."

[37]) vgl. Planck II S. 97; Titze S. 41.

satz zur Unmöglichkeit stets noch mit der nachträglichen Erfüllung rechnet. Dieser Unterschied macht die Grundsätze des Verzuges neben der Lehre der Unmöglichkeit notwendig. Durch die vom Schuldner zu vertretende Verzögerung der Leistung befindet sich der dem Gläubiger schon gebührende Leistungsgegenstand noch beim Schuldner, und dadurch ist ein dem Vertrage widersprechender Zustand hergestellt, der einer besonderen Regelung bedarf. Von diesem Standpunkte aus scheinen mir, während sich die Bestimmungen der §§ 286, 288 Abs. 2, 289 Satz 2 schon aus der Regelung der Unmöglichkeit ergeben hätten, vor allem die folgenden Rechtssätze wichtig zu sein:

1. „Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Er ist auch für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit verantwortlich, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde“ (§ 287). Dieser Paragraph enthält den billigen Rechtssatz, daß der Schuldner wenn die Leistung infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes nach der Fälligkeit noch aussteht, zur Beobachtung einer ganz besonderen Sorgfalt verpflichtet ist und bis zum Zufall für einen den Leistungsgegenstand treffenden Schaden haftet, der bei rechtzeitiger Leistung nicht eingetreten sein würde.

2. Eine Geldschuld ist während des Verzugs mit vier vom Hundert für das Jahr zu verzinsen.“ (§ 288). Da die Verzugszinsen ohne Rücksicht darauf zu zahlen sind, ob überhaupt und welche Zinsen die Geldsumme bei rechtzeitiger Leistung dem Gläubiger eingebracht hätte, so geht daraus hervor, daß diese Verpflichtung nicht als Schadensersatzpflicht aufzufassen ist, sondern aus der Erwägung heraus dem Schuldner auferlegt ist, daß dieser in der Zeit zwischen dem Leistungstermin und dem Moment der tatsächlichen Leistung entgegen dem vertragsmäßigen Zustande die Nutzung der Geldsumme hat.

3. „Ist der Schuldner zum Ersatze des Wertes eines Gegenstandes verpflichtet, der während des Verzugs untergegangen ist oder aus einem während des Verzugs eingetretenen Grunde nicht herausgegeben werden kann, so kann der Gläubiger Zinsen des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Wertes zugrunde gelegt wird. Das gleiche gilt, wenn der Schuldner zum Ersatze der Minderung des Wertes eines während des Verzugs verschlechterten Gegenstandes verpflichtet ist“ (§ 290). Eine Erläuterung dieser Vorschrift erübrigt sich nach dem zu 2. gesagten.

Wir haben gesehen, daß der Schuldnerverzug eine besondere Art der Leistungsunmöglichkeit ist, und daß die auf den Verzug bezüglichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches teils eine notwendige Ergänzung der Regelung der Unmöglichkeitslehre bilden, teils eine bloße Wiederholung der schon für die Unmöglichkeit erlassenen Vorschriften enthalten. Da aber, wie oben gezeigt, der Schuldner sein anfängliches Unvermögen stets zu vertreten hat, m. E. also zeitweiliges anfängliches Unvermögen den Schuldner in Verzug setzen kann, so folgt daraus, daß die §§ 286—290 in Ermangelung speziellerer Vorschriften auf das zeitweilige, anfängliche Unvermögen zur Anwendung gebracht werden dürfen. Daraus ergibt sich als Regel für die zeitweilige, anfängliche subjektive Unmöglichkeit, daß die Naturalerfüllung weiterhin geschuldet bleibt, der Schuldner aber verpflichtet ist, dem Gläubiger allen Schaden zu ersetzen, den dieser durch die Verzögerung der Leistung erleidet (§ 236 Abs. 1). Als Ausnahme bestimmt aber § 286 Abs. 2: „Hat die Leistung infolge des Verzuges für den Gläubiger kein Interesse, so kann dieser unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—356 finden entsprechende Anwendung.“ Hat also die nach-

trägliche Erfüllung für den Gläubiger kein Interesse, so kann er an Stelle der eigentlichen Vertragsleistung Schadensersatz verlangen. Es kann in diesen Fällen nur ein Schadensersatz in Geld in Betracht kommen und nicht etwa darf der Schuldner auf Grund des § 249 den Schadensersatz durch Naturalrestitution, d. h. durch nachträgliche Bewirkung der Leistung prästieren, denn dadurch würde der Zweck des § 286 Abs. 2 vereitelt werden, der die Verpflichtung zum Schadensersatz eintreten läßt, weil die Naturalleistung für den Gläubiger kein Interesse mehr hat. Will der Gläubiger auf Grund des § 286 Abs. 2 Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Ablehnung der Leistung verlangen, so trifft ihn die Beweislast dafür, daß die Leistung infolge der Verzögerung für ihn keinen Wert hat. Es wird erforderlich sein, daß objektiv betrachtet, für den Gläubiger kein Interesse an der Leistung besteht[38]). Die Fälle, die Abs. 2 des § 286 berücksichtigt, sind von denen streng zu trennen, die wir oben in § 2 besprochen haben. Hier war die Leistungszeit nach der Natur der Leistung für diese so wichtig, daß überhaupt nur die rechtzeitige Leistung als Erfüllung gelten konnte. Dort, in § 186 Abs. 2 lassen der Inhalt des Schuldverhältnisses und die Anschauungen des Verkehrs an sich eine nachträgliche Leistung zu, aber die besonderen Verhältnisse des Gläubigers im konkreten Falle liegen so, daß die nachträgliche Leistung für den Gläubiger keinen Wert hat[39]).

Die letzten Worte des § 286 Abs. 2 besagen, daß die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—356 entsprechende Anwendung finden. Es liegt aber nicht etwa ein Rücktritt vom Vertrage vor[40]), sondern der Vertrag bleibt bestehen, und der Gläubiger macht seinen Anspruch auf Schadensersatz wegen

---

[38]) vgl. Stammler S. 119.
[39]) vg. Titze S. 40.

Nichterfüllung mit der Klage aus dem Vertrage geltend. Die „entsprechende Anwendung der §§ 346—356“ geschieht derart, daß der Gläubiger sich in der Lage des Rücktrittsberechtigten befindet, und daß an die Stelle „der empfangenen Leistungen, die sich die Parteien zurückzugewähren haben“ (§ 346), der Schadensersatz wegen Nichterfüllung einerseits und die verspätete Leistung, soweit der Gläubiger sie etwa erhalten hat, andererseits treten. Die analoge Anwendung der Paragraphen gestaltet sich im einzelnen folgendermaßen:

1. Die Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geschieht durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile (§ 349).

2. Die Verpflichtungen zur Leistung des Schadensersatzes und zur Rückgewährung der empfangenen Leistung sind Zug um Zug zu erfüllen. Die Vorschriften der §§ 320, 322 finden entsprechende Anwendung (§ 348).

3. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist (§ 350).

4. Der Anspruch auf Schadensersatz ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte die empfangene Sache

a) wesentlich verschlechtert oder zerstört hat oder aus einem anderen Grunde durch sein Verschulden nicht herausgeben kann (§ 351);

b) durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat (§ 352);

c) veräußert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet hat, wenn bei demjenigen, welcher den Gegenstand

---

[40]) vgl. Kleineidam S. 112/113: „Die entsprechende Anwendung der §§ 346—356 BGB. beruht offenbar auf der Erwägung, daß die Ausübung dieses Rechts zwar keinen Rücktritt vom Vertrage, aber doch von dem ursprünglichen Vertragsinhalt darstellt.“

infolge der Verfügung erlangt hat, die unter a oder b angegebenen Voraussetzungen eingetreten sind (§ 353).

5. Kommt der Berechtigte mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes oder eines erheblichen Teiles des Gegenstandes in Verzug, so kann ihm der andere Teil eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung gilt als nicht beansprucht, wenn nicht die Rückgewähr vor dem Ablaufe der Frist erfolgt (§ 354).

6. Dem Berechtigten kann von dem anderen Teile für die Geltendmachung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung eine angemessene Frist bestimmt werden. Das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen, erlischt, wenn nicht der Anspruch vor dem Ablaufe der Frist geltend gemacht wird (§ 355).

7. Sind bei einem Vertrage auf der einen oder anderen Seite mehrere beteiligt, so kann der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur von allen und gegen alle geltend gemacht werden. Erlischt das Recht, den Schadensersatz zu beanspruchen, für einen der Berechtigten, so erlischt es auch für die übrigen.[41])

Statt in der soeben dargestellten Weise seine Ansprüche darauf zu stützen, daß der Schuldner zur Bewirkung der Leistung in Ansehung der Zeit unvermögend ist, kann sich der Gläubiger auch des im § 283 vorgeschriebenen Weges bedienen. § 283 setzt voraus, daß der Schuldner zu der Vertragsleistung rechtskräftig verurteilt ist. Daß ein Urteil, in dem der Schuldner zu einer ihm unmöglichen Leistung verurteilt wird, volle Gültigkeit hat, ist in der Literatur und Judikatur anerkannt worden. Nach der rechtskräftigen Verurteilung des Schuldners muß der Gläu-

---

[41]) § 347 wird analog auf unseren Fall nicht angewendet werden können.

biger ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem erfolglosen Ablaufe der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, es sei denn, daß die Leistung *während der Frist* infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. Nach dem Ablaufe der Frist ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen. Bei der Beurteilung der Frage, ob die vom Gläubiger gesetzte Frist „angemessen" ist, wird auf die Dauer der Zeit, während deren der Schuldner infolge seines zeitweiligen Unvermögens nicht leisten kann, keine Rücksicht zu nehmen sein, vielmehr wird nur zu erwägen sein, welche Zeit nach Verkehrsanschauung zur Bewirkung einer Leistung der geschuldeten Art gewöhnlich gelassen zu werden pflegt, denn Einwendungen aus Umständen, welche zur Zeit der Urteilsfällung schon vorhanden waren, sind mit der Rechtskraft des Urteils verloren gegangen.

II. Wir haben nunmehr den Fall zu betrachten, daß das anfängliche, juristisch dauernde Unvermögen nachträglich gehoben wird. Für die Entscheidung der Frage, ob der Schuldner nach Beseitigung des Unvermögens zur Bewirkung der Vertragsleistung in natura noch berechtigt und verpflichtet ist, genügt unsere obige Feststellung nicht, daß der Schuldner stets sein anfängliches Unvermögen zu vertreten, d. h. Schadensersatz zu prästieren hat, wenn die Leistung infolge des anfänglichen Unvermögens nicht verwirklicht wird, vielmehr sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden:

Entweder der Schuldner wird im Falle seines anfänglichen Unvermögens sofort zum Schadensersatz verpflichtet. Der Inhalt des Schuldverhältnisses verändert sich sogleich, und an die Stelle der eigentlichen Vertragsleistung tritt der Schadensersatz. Bei dieser Rechtslage bedürfte es einer

ausdrücklichen Gesetzesvorschrift, wenn durch die Beseitigung des Unvermögens die einmal wirksam gewordenen Folgen rückgängig gemacht werden sollen.

Oder der Schuldner hat dem Gläubiger nur dann Schadensersatz zu leisten, wenn die Leistung nach Eintritt der Fälligkeit infolge des Unvermögens tatsächlich nicht erfolgt. Dann würde die Vertragsleistung im Falle ihres Möglichwerdens zu bewirken sein.

Die eine Alternative hat so gut ihre Berechtigung wie die andere, und die Entscheidung läßt sich mit Sicherheit nur auf Grund einer positiven Gesetzesvorschrift fällen. Vor allem dürfte es nicht zulässig sein, sich von Billigkeitserwägungen leiten zu lassen, denn für den einen Tatbestand wird die erste, für einen anderen die zweite Regelung mehr der Billigkeit entsprechen. Da das Bürgerliche Gesetzbuch zu der vorliegenden Frage schweigt, so ist es schwierig, für unser heutiges Recht eine zwingende Entscheidung zu treffen. Für die erste Möglichkeit kann angeführt werden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch im allgemeinen die Folgen einer Unmöglichkeit schon zur Zeit ihres Beginns eintreten läßt (vgl. §§ 306, 275, 280). Demgegenüber läßt sich für die zweite Auffassung geltend machen, daß das Fehlen einer Vorschrift im Gesetzbuch mehr darauf weist, die Schadensersatzpflicht als Folge des tatsächlichen Nichtleistens, denn als Folge des Nichtleistenkönnens zur Zeit des Vertragsabschlusses eintreten zu lassen. Aus diesem Grunde möchte ich mich auch dieser letzten Ansicht anschließen. Aus diesem Standpunkte ergibt sich, daß dem Gläubiger zwei Rechte zu Gebote stehen:

1. Er kann auf die Vertragsleistung selbst seine Ansprüche richten.[42]) Durch eine auf die eigentliche Vertrags-

[42]) vgl. RG. Bd. 32 S. 131 ff.: „Ist hiernach an sich eine fortdauernde Verbindlichkeit der Beklagten aus dem Vertrage anzunehmen, so wird auch ferner durch eine auf ihrer Seite bestehende Unmöglichkeit, diese Verpflichtung in ihrer ursprünglichen Gestalt zu erfüllen.

leistung selbst gerichtete Klage schafft sich der Gläubiger zugleich die Grundlage, beim Ausbleiben der Leistung gemäß § 283 Schadensersatz fordern zu können.[43])

2. Er wird, wenn die Leistung bis zur Fälligkeit nicht bewirkt wird, auf Grund des Unvermögens des Schuldners sofort Schadensersatz verlangen können.[44])

Von diesem Rechte wird der Gläubiger vor allem dann Gebrauch machen, wenn die nachträgliche Erfüllung für ihn kein Interesse mehr hat und ihm m. E. ein Entschädigungsanspruch wegen Nichterfüllung in Geld zusteht (folgt aus § 251 mit § 286 Abs. 2; vgl. auch § 280 Abs. 2).

Es ergibt sich demnach, daß wenn der Gläubiger das erste Recht geltend macht, die Leistung dann noch bewirkt werden muß und darf, wenn nur die Unmöglichkeit

---

die Klage auf die eigentliche Vertragsleistung nicht unzulässig. Denn der ursprüngliche Gegenstand der vertragsmäßigen Verpflichtung wird in solchem Falle nicht ohne weiteres verändert.“ „Allerdings wird dann, wenn der Verpflichtete die Erfüllung der betreffenden Verbindlichkeit durch eine von ihm zu vertretende Handlung unmöglich gemacht hat, auch die Klage auf das Interesse zugelassen. Hierdurch wird jedoch der Anspruch auf die vereinbarte Leistung nicht ohne weiteres, namentlich solange nicht eine objektive Unmöglichkeit vorliegt, ausgeschlossen.“

[43]) Kleineidam (S. 48, 49) gewährt dem Gläubiger allein dieses zu 1. genannte Recht.

[44]) vgl. Planck II S. 118, 119. Planck geht von dem Grundsatz aus, daß der Gläubiger auf Erfüllung klagen kann, fährt dann aber fort: „Zweifelhaft ist, ob der Gläubiger auch von vornherein auf Grund der subjektiven Unmöglichkeit Schadensersatz fordern kann. Die Frage dürfte zu bejahen sein. Es kommt dabei dann aber nicht darauf an, daß die Leistung zur Zeit des Abschlusses des Vertrages subjektiv unmöglich gewesen sei, sondern darauf, daß sie zu derjenigen Zeit unmöglich ist, zu welcher Schadensersatz gefordert wird, und der Gläubiger hat dies zu beweisen.“ Also Planck gibt die beiden Rechte dem Gläubiger schon „von vornherein“. Vgl. ferner Cosack § 100 II, 1: „Der Gläubiger kann auf der ihm zustehenden Leistung selbst beharren, ebensogut aber auch wegen Ausbleibens der Leistung vollen Schadensersatz fordern.“

innerhalb der gemäß § 283 bestimmten Frist gehoben wird, daß dagegen, wenn sich der Gläubiger des zweiten Rechts bedient, die nach Fälligkeit sich vollziehende Beseitigung des Unvermögens meistens[45]) ohne Wirkung sein wird.

2. Nachträgliche Unmöglichkeit.

§ 6.

a) Objektive Unmöglichkeit.

Bezüglich des Begriffs der nachträglichen Unmöglichkeit können wir auf das verweisen, was wir oben in § 2 ausgeführt haben. Hier sei zur Vervollständigung nur noch erwähnt, daß die Regeln der nachträglichen Unmöglichkeit auch dann Anwendung finden, wenn eine Leistung, die anfänglich nur zeitweilig subjektiv unmöglich war oder nur zeitweilig objektiv unmöglich war, ohne daß der ganze Vertrag nichtig war, nachträglich dauernd unmöglich wird, wenn in den Fällen des § 308 die Unmöglichkeit rechtzeitig gehoben worden ist, nachträglich aber wieder eintritt, endlich, wenn das anfängliche Unvermögen zur Leistung sich nachträglich zur objektiven Unmöglichkeit steigert. Denn nach der oben vertretenen Ansicht wird der Inhalt des Schuldverhältnisses durch das anfängliche Unvermögen des Schuldners nicht berührt, und wird demnach die Vertragsleistung, zu der der Schuldner noch verpflichtet ist, nachträglich unmöglich, so liegt kein Grund vor, warum die Folgen der nachträglichen Unmöglichkeit nicht eintreten sollen. Anders wäre zu entscheiden, wenn auf Grund anfänglichen Unvermögens sofort der Schadensersatz an die Stelle der Naturalleistung treten würde.

---

[45]) Beachte aber § 249 BGB.

Bei der Regelung der Folgen der nachträglichen Unmöglichkeit unterscheidet das Bürgerliche Gesetzbuch zwischen der Unmöglichkeit, welche auf Umständen, die der Schuldner nicht zu vertreten hat, beruht, und einer solchen, welche durch Umstände herbeigeführt ist, die der Schuldner zu vertreten hat. Auf die Frage, wann der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat und wann nicht, kann hier nicht näher eingegangen werden, es sei nur kurz erwähnt, daß der Schuldner regelmäßig Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat (§ 276), daß aber für einzelne Geschäfte die Haftung des Schuldners gemildert (z. B. §§ 521, 599, 708), für andere verschärft ist (z. B. § 701). Wie weit man aus dem Verschulden Dritter haftet, ergibt sich aus § 278 und § 831. Endlich sei auch hier schon § 279 angeführt, der bestimmt, daß der Schuldner eines Gattungsgegenstandes, „solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten hat, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt." „Ist es streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner" (§ 282).

1. Nicht zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit. I. Das Bürgerliche Gesetzbuch regelt die nicht zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit im § 275, der lautet: „Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird." Der Schuldner wird also „so weit" von seiner Leistungspflicht befreit, als die Leistung unmöglich wird, d. h. teilweise Unmöglichkeit hat auch nur teilweise Befreiung zur Folge. Wird deshalb die Leistung nur zeitweilig unmöglich, so ergibt sich, da auch die zeitweilige Unmöglichkeit eine teilweise ist, wie wir oben ausgeführt haben, daß der Schuldner auch nur von der Verpflichtung befreit wird,

rechtzeitig zu erfüllen, sobald dagegen die Unmöglichkeit beseitigt ist, nachträglich die Leistung zu bewirken hat.[46]) Der erste Entwurf berücksichtigt die zeitweilige Unmöglichkeit ausdrücklich im § 237: „Der Schuldner ist zur Leistung nicht verpflichtet, s o l a n g e die Leistung infolge eines nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen, von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich ist.“ Die neue Fassung, die der Wortlaut des § 237 (Entw. 1) im § 275 BGB erhalten hat, hat aber sachliche Änderungen nicht bewirken wollen, „wenigstens ist in den Materialien für eine solche Absicht keine Andeutung zu finden“.[47]) Das Wort „soweit“ in § 275 umfaßt zugleich mit das „solange“, und somit ist § 275 unzweifelhaft so auszulegen, daß nur das juristisch dauernde Unmöglichwerden den Schuldner für alle Zeit befreit.

Eine Ausnahme aber von dem Satze, daß der Schuldner infolge des Unmöglichwerdens gänzlich von seiner Leistungspflicht befreit wird, enthält der § 281 Abs. 1: „Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.“ Wenn demnach der Schuldner infolge des Umstandes, der ihm die rechtzeitige Leistung unmöglich macht, einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt, so wird man analog dem Gläubiger diesen Ersatz zuerkennen müssen. Z. B. eine Ware kann nicht rechtzeitig geliefert werden, weil der Transport nach dem Erfüllungsorte verzögert wird, der Schuldner hat sich aber gegen nichtrechtzeitige Beförderung versichert.

II. Nicht so einfach wie die zeitweilige Unmöglichkeit erledigt sich die „beseitigte Unmöglichkeit“. Aus den

---

[46]) vgl. S c h o l l m e y e r § 275 Ziff. 1.
[47]) vgl. K l e i n e i d a m S. 95.

Worten des § 275: „soweit die Leistung unmöglich wird“ geht, wie schon in § 2 gezeigt ist, hervor, daß sich das Gesetz auf den Standpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit stellt und in diesem Augenblicke schon die Folgen wirksam werden läßt, die es an das Unmöglichwerden knüpft, nämlich die Befreiung des Schuldners von der Verpflichtung zur Leistung. Bevor wir aus dieser Feststellung weitere Schlüsse ziehen können, müssen wir zunächst untersuchen, was es bedeutet, daß der Schuldner „von der Verpflichtung zur Leistung frei“ wird. Die eine Ansicht setzt diese Befreiung von der Verpflichtung zur Leistung dem Erlöschen des ganzen Schuldverhältnisses gleich.[48]) Diese Meinung kann sich darauf stützen, daß auch im gemeinen Rechte die nachträgliche Unmöglichkeit das ganze Schuldverhältnis vernichtete. So ist schon in l. 107 D. de sol. et lib. 46, 3 gesagt: „Verborum obligatio . . . resolvitur . . ., cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit.“ Und in diesem Sinne spricht sich auch Mommsen (S. 304 ff.) aus. Ebenso erklärt Windscheid (§ 360): „Durch die unverschuldete Unmöglichkeit wird das Forderungsrecht direkt aufgehoben.“ Auch das ALR. § 364 I, 5 bestimmt: „Entsteht die Unmöglichkeit, den geschlossenen Vertrag zu erfüllen, durch einen Zufall oder durch unabwendbare Gewalt und Übermacht, so wird der Vertrag für aufgehoben angesehen.“ Zu § 237 des ersten Entwurfs, der ohne sachliche Änderungen als § 275 in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen ist, lesen wir in den Motiven: „Daß diese Unmöglichkeit, solange und soweit sie reicht und vom Schuldner nicht zu vertreten ist, die Verbindlichkeit des Schuldners ausschließt, entspricht der Natur der Sache und dem geltenden Rechte (Windscheid II §§ 264, 360; ALR. I, 5 . . .).“

---

[48]) vgl. z. B. Cosack S. 348/49; Endemann S. 697; Kleineidam S. 97; Schollmeyer § 275 Ziff. 1.

Diese erste Meinung dürfte also auch den Vorzug für sich in Anspruch nehmen können, dem Willen des Gesetzgebers zu entsprechen.

Nach dieser Ansicht ist also das Schuldverhältnis in dem Augenblick erloschen, in dem die Leistung juristisch dauernd unmöglich wird, es ist völlig untergegangen, es ist nicht mehr vorhanden. Hieraus ergibt sich aber, daß das nachträgliche Wiedermöglichwerden der Leistung ohne jeden Einfluß ist und nicht etwa ein Wiederaufleben des Schuldverhältnisses bewirken kann. Denn ist einmal eine Forderung auf Grund einer Bestimmung der Rechtsordnung erloschen, so folgt hieraus vom Standpunkte der Logik, daß ebensowenig wie der Wille der Parteien, so irgend ein zufälliges Ereignis die Forderung wieder wirksam machen kann, vielmehr bedürfte es hierzu einer besonderen Vorschrift des Gesetzes.[49])

Diese Konsequenz haben die meisten Vertreter der obigen Ansicht auch gezogen. Aus dem Corpus Juris Civilis lassen sich vor allem zwei Stellen anführen: l. 83 § 5 D. de verb. obl. 45, 1:

„Nam et cum quis rem profanam, aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto eius res sacra esse coeperit, aut Stichus ad libertatem pervenerit. Nec revocantur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit, et Stichus ex libero servus effectus sit."

Und l. 98 § 8 D. de sol. et lib. 46, 3:

„Respondi, si alienum hominem promisi, et is a domino manumissus est, liberor. Nec admissum est, quod Celsus ait, si idem rursus lege aliqua servus effectus sit, peti eum posse; in perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest, et si servus effectus sit, alius videtur esse."

---

[49]) vgl. zu der Frage der Möglichkeit des Wiederauflebens einer erloschenen Forderung die Dissertation von Appel (Erlangen 1902) „Erlöschen und Wiederaufleben von Forderungen".

Ebenso wird nach Mommen (S. 294) die Verpflichtung „selbst dann nicht wiederhergestellt, wenn das Hindernis, welches die Leistung unmöglich machte, später wieder gehoben wird“.[50]) Demgegenüber sagt Dernburg (Preuß. R. S. 249): „Man wird unterscheiden müssen, ob die Leistung vor der zur Erfüllung bestimmten Zeit wieder möglich wurde. Dann wird die Obligation gültig, wenn die Sachlage sich nicht infolge der scheinbaren Unmöglichkeit verändert hat. Eine spätere Möglichkeit der Erfüllung kann nicht in Betracht kommen.“[51]) Auch Cosack (S. 352) erklärt: „Wird die nachträglich eingetretene objektive Unmöglichkeit einer geschuldeten Leistung später gehoben, so fallen die Wirkungen der bisherigen Unmöglichkeit fort. Doch erleidet die Regel eine Ausnahme . . .“

Gegenüber dieser soeben ausgeführten Meinung vertreten andere den Standpunkt, daß im Falle der Unmöglichkeit der Leistung das Schuldverhältnis als solches bestehen bleibt und der Schuldner nicht von seiner ganzen Verbindlichkeit befreit wird, sondern nur von der Verpflichtung, die Leistung zu bewirken.[52]) Betrachten wir den Wortlaut des § 275, so lesen wir, daß der Schuldner „von seiner Verpflichtung zur Leistung“ befreit wird, d. h. ohne Zweifel, nur von dieser Verpflichtung, soweit ihm also noch andere Verpflichtungen aus dem Schuldverhältnisse obliegen (es können vor allem die Pflicht zur Mitteilung des Eintritts der Unmöglichkeit und die Pflicht zur Herausgabe des stellvertretenden commodum in Betracht kommen), bleibt er weiter verpflichtet, das Schuldverhältnis als solches ist

---

[50]) Ebenso Windscheid § 360, 2; Förster-Eccius S. 531; Kleineidam S. 98; RG. Bd. 5 Nr. 75 S. 278.

[51]) Ähnlich Kisch S. 25.

[52]) vgl. Stammler S. 219: „Es sind allgemein zu unterscheiden Endigungsgründe von Schuldverhältnissen und Tilgungen von Einzelforderungen aus ihnen.“

nicht erloschen. Der Gesetzestext scheint mir mit Notwendigkeit so ausgelegt werden zu müssen.[53])

Es fragt sich, ob die soeben ausgeführte Kontroverse für den hier behandelten Fall irgend welche Bedeutung hat. Auch nach der hier vertretenen Meinung wird der Schuldner durch das Unmöglichwerden von seiner Verpflichtung zur Leistung befreit, und es bedürfte auch hier einer besonderen Bestimmung, wenn der Schuldner durch Beseitigung der Unmöglichkeit wieder verpflichtet werden sollte. Andererseits ist aber das Schuldverhältnis als solches noch bei Bestand geblieben, und die Verbindlichkeit zwischen Gläubiger und Schuldner unterliegt auch noch weiterhin der Vorschrift des § 242: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern." Es lassen sich nun zahlreiche Fälle denken, in denen es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte entsprechen würde, daß der Schuldner zur Bewirkung der Leistung nach Beseitigung der Unmöglichkeit verpflichtet und berechtigt wäre, obgleich die Leistung juristisch dauernd unmöglich war. Z. B. der Eintritt und die Beseitigung der Unmöglichkeit sind innerhalb eines sehr kurzen Zeitraums erfolgt, und ohne daß es den Parteien bekannt geworden ist. Vielleicht haben die Kontrahenten sogar nach Hebung der Unmöglichkeit zufälligerweise noch einmal wieder über die Leistung gesprochen, ohne daß man ihre Verhandlungen allerdings als neuen Vertragsschluß auffassen kann. Wenn jetzt eine der Parteien, sei es der Gläubiger oder der Schuldner, nachdem sie nachträglich Kenntnis von der vorhanden gewesenen Unmöglichkeit erhalten hat, sich auf die Unmöglichkeit zwecks Aufhebung der Vertragsverpflichtungen

---

[53]) Ebenso Oertmann § 275 Ziff. 1; Planck § 275 Ziff. 6; Titze S. 101.

berufen wollte, so würde dies ohne Zweifel mit Treu und Glauben nicht im Einklang stehen. Die Leistung wäre nach § 275 nicht zu bewirken, während § 242 ihre Erfüllung verlangen würde. Es entsteht die Frage, welche Bestimmung den Ausschlag geben soll. Ich möchte mich dafür entscheiden, den § 242 zur Anwendung zu bringen, denn erstlich wird man so dem Erfordernisse der Verkehrssicherheit am besten gerecht, die Interessen keiner Partei werden benachteiligt, und endlich wird es meistens dem Willen der Parteien entsprechen, der im § 275 enthaltene Rechtssatz kann aber infolge des dispositiven Charakters des Paragraphen durch Parteiwillen abgeändert werden. Die Beseitigung der nachträglichen Unmöglichkeit hat demnach auf den Inhalt der Obligation dann Einfluß, wenn Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte die Erfüllung der wieder möglich gewordenen Leistung verlangen.

2. Vom Gläubiger zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat bei der Regelung der Wirkungen, die das Unmöglichwerden der Leistung auf die Verpflichtung des Schuldners ausübt, die vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit nicht ausdrücklich berücksichtigt.[54]) Eine Bestimmung war aber auch nicht notwendig, weil die vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit zugleich die vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit mit umfaßt. Also auch auf diesen Fall findet § 275 Anwendung. Soweit die Leistung infolge eines Umstandes, den der Gläubiger zu vertreten hat, unmöglich wird, wird der Schuldner von seiner Verpflichtung zur Leistung frei. Wir können bezüglich der zeitweiligen und der beseitigten Unmöglichkeit auf unsere Ausführungen unter 1. in diesem Paragraphen verweisen.

Schwierigkeiten könnte aber die Abgrenzung der vom

[54]) vgl. dagegen § 324.

Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit vom Annahmeverzuge bereiten. Diese Unterscheidung ist von großer praktischer Bedeutung. Haben wir oben gesehen, daß die vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit den Schuldner befreit, so bleibt dagegen beim Annahmeverzug der Schuldner, wenn auch unter milderen Modalitäten, zur Bewirkung der Leistung verpflichtet. Ebenso ist die Unterscheidung für die Verpflichtung des Gläubigers zur Gewährung der Gegenleistung von Wichtigkeit (§ 324 und § 322 Abs. 2). Bei dieser Verschiedenheit hinsichtlich der Folgen ist es notwendig, die Voraussetzungen des Annahmeverzuges und der vom Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit scharf voneinander abzugrenzen. Beim Annahmeverzuge ist die Leistung ganz abstrakt betrachtet möglich. Der Schuldner ist seinen persönlichen Verhältnissen nach imstande, die Leistungstätigkeit vorzunehmen, und ebenso ist auch das Substrat, auf das sich die Leistung beziehen soll, vorhanden und tauglich. Dagegen ist der Gläubiger nicht gewillt oder aus irgend welchen in seiner Person liegenden Umständen nicht fähig, die ihm obliegende Verbindung zwischen Leistungssubjekt und dem Substrat der Leistung herzustellen, die zur Bewirkung der Leistung notwendig ist. Anders liegt es bei der vom Gläubiger zu vertretenden Unmöglichkeit. Hier kann aus Gründen, die der Gläubiger zu vertreten hat, entweder der Schuldner die Leistungstätigkeit nicht vornehmen oder das Leistungssubstrat nicht beschafft werden, mag dieses überhaupt nicht existieren oder untauglich sein. Für die Entscheidung der Frage, ob eine Leistung möglich ist oder nicht, kann es keinen Unterschied machen, ob der Gläubiger oder Schuldner das Substrat der Leistung zu stellen hat. Wenn deshalb z. B. der Gläubiger die zu verarbeitende Sache liefern soll, so ist es einerseits, wenn die Sache untergegangen ist, widersinnig, von einer an sich möglichen Leistung zu reden, bei welcher nur der Gläu-

biger die seinerseits erforderliche Mitwirkung versagt, wie es andererseits, solange die Sache vorhanden und tauglich ist, unzulässig ist, um deswillen von einer unmöglichen Leistung zu sprechen, weil der Gläubiger die Sache nicht hingeben will. Die Unterscheidung dieser beiden Begriffe findet sich vor allem bei Titze (S. 24, 25) scharf durchgeführt: „Hat der Gläubiger das Substrat für die Tätigkeit des Schuldners zu gewähren, so wirkt Wegfall, oder was dem gleichsteht: Untauglichwerden des Substrates, niemals Annahmeverzug, sondern immer Unmöglichkeit der Leistung. Um ersteren hingegen handelt es sich da, wo die objektiven und subjektiven Voraussetzungen für die Möglichkeit der Leistung in abstracto sämtlich vorliegen, der Gläubiger aber, sei es nun, weil er nicht will, oder weil er nicht kann, es unterläßt, zwischen ihnen diejenigen Beziehungen herzustellen, die notwendig sind, wenn die abstrakte Möglichkeit zur konkreten Wirklichkeit werden soll." Titze gibt zur Erläuterung seiner Auffassung verschiedene Beispiele. Wir greifen folgendes heraus: Ein Maler verpflichtet sich einer Gemeinde gegenüber, ihre Kirche mit Fresken auszuschmücken. Kann der Maler seine Verbindlichkeit nicht erfüllen, weil die Kirche einstürzt, so liegt Unmöglichkeit der Leistung vor; hingegen befindet sich die Gemeinde im Annahmeverzug, wenn sie dem Maler den Zutritt zu der Kirche verwehrt, vielleicht weil seine Gemälde zu weltlich zu werden drohten.[55]) Wir haben hier bisher nur von Unmöglichkeit im allgemeinen gesprochen, und hiermit nur an die dauernde Unmöglichkeit gedacht, für welche unzweifelhaft die Ausführungen zutreffen. Es fragt sich aber, wie zu entscheiden ist, wenn der Gläubiger seine zur Leistung erforderliche Mitwirkung aus einem Grunde versagt, der die Leistung in abstracto zu einer zeitweilig

[55]) vgl. Planck § 616 Ziff. 5; Oertmann § 615 Ziff. 2d, § 293 Ziff. 3b; Treitel S. 73; RG. Bd. 3 Nr. 51; Prot. II S. 281; a. M. Mommsen S. 91; Kleineidam S. 9; Kisch S. 21.

unmöglichen macht. Auch in diesen Fällen kommt der Gläubiger nicht in Annahmeverzug, weil, wie wir oben gezeigt haben, Annahmeverzug voraussetzt, daß die Leistung absolut möglich ist; diesem Erfordernis ist hier nicht genügt.

Es ist selbstverständlich, daß dann Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, wenn infolge der Annahmeverweigerung des Gläubigers die rechtzeitige Leistung unterblieben ist und die Leistung ihrer Art und ihrem Inhalt nach nachträglich nicht mehr erfüllt werden kann.

3. Die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit. I. § 280 bestimmt: „Soweit die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen.“ Analog unseren Ausführungen zu 1, I dieses Paragraphen ergibt sich, daß im Falle der zeitweiligen Unmöglichkeit der Schuldner zur Bewirkung der Leistung verpflichtet bleibt, dem Gläubiger aber allen Schaden zu ersetzen hat, den er infolge der nichtrechtzeitigen Leistung erleidet. Im Abs. 2 fügt § 280 hinzu: „Im Falle teilweiser Unmöglichkeit kann der Gläubiger unter Ablehnung des noch möglichen Teiles der Leistung Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung.“ Da aber die zeitweilige Unmöglichkeit als teilweise Unmöglichkeit aufgefaßt werden muß, so folgt, daß der Gläubiger auch die nachträgliche Leistung nicht anzunehmen braucht, wenn sie für ihn kein Interesse hat.

Wir haben oben im § 5 I gezeigt, daß der Schuldner auch dann in Verzug gerät, wenn die Leistung infolge einer von ihm zu vertretenden, zeitweiligen Unmöglichkeit nicht rechtzeitig erfolgt. Da aber diese Voraus-

setzungen auch in dem hier behandelten Falle vorliegen können, so ist auch hier Verzug des Schuldners anzunehmen,[56]) und es dürfen die §§ 284 ff. zur Anwendung kommen. Die Ergebnisse, zu denen wir schon auf Grund des § 280 gelangt sind, finden ihre Bestätigung im § 286 Abs. 1 und 2. Im einzelnen können wir auf das verweisen, was wir oben im § 5 I gesagt haben.

Es sei ausdrücklich darauf hingewiesen, daß auch hier der Gläubiger gemäß § 283 vorgehen oder nach § 281 das stellvertretende commodum verlangen darf.

II. Wird die Leistung juristisch dauernd unmöglich, so wird der Schuldner von der Verpflichtung, die eigentliche Vertragsleistung zu machen, frei, hat aber an dessen Stelle Schadensersatz zu prästieren. Der Inhalt der Verpflichtung des Schuldners wird also geändert. Wird aber die Leistung nachträglich wieder möglich, so ist dies ohne Bedeutung, und dadurch wird nicht etwa ohne weiteres die Umwandlung der Leistungspflicht des Schuldners wieder rückgängig gemacht. Die Folgen, die auf Grund einer Gesetzesvorschrift eingetreten sind, können durch zufällige neue Ereignisse nur auf Grund einer anderen Gesetzesvorschrift beseitigt werden. Also auch dann, wenn die Unmöglichkeit nachträglich beseitigt wird, bleibt der Schuldner schadensersatzpflichtig und ist nicht etwa berechtigt oder verpflichtet, die Vertragsleistung zu gewähren.

Die Art und der Umfang des Ersatzes richtet sich auch hier wieder nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 249 ff. In erster Linie hat also der Schuldner den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist aber das schädigende Ereignis die Nichterfüllung, so wird der „durch die Nichterfüllung entstehende Schaden" in natura dadurch wieder gutgemacht, daß nachträglich

---

[56]) vgl. Planck II S. 81.

erfüllt wird. Es liegt kein Grund vor, die Naturalrestitution hier auszuschließen. Der Ausdruck „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ hat im Bürgerlichen Gesetzbuch eine ganz bestimmte Bedeutung. In allen Fällen, wo das Bürgerliche Gesetzbuch von „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ spricht, geht es aus den Umständen hervor, daß nur eine Entschädigung in Geld zulässig sein kann (vgl. §§ 280 Abs. 2, 283, 286, 325, 326, 440 Abs. 2, 463, 523 Abs. 2, 524, 538, 1613, 1615). Die Richtigkeit unserer Behauptung haben wir für § 286 oben in 5 I bewiesen. Ähnliche Erwägungen gelten für §§ 280 Abs. 2, 325,[57]) 326. Im § 283 sagt das Gesetz ausdrücklich: „Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen.“ Es würde zu weit führen, den oben aufgestellten Satz für alle Fälle nachzuprüfen. Während aber § 280 im Abs. 2 „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ eintreten läßt, vermeidet er im Abs. 1 diese Ausdrucksweise und legt es dem Schuldner nur auf, „den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen“. Weder aus logischen noch aus terminologischen Gründen ist im Falle des § 280 Abs. 1 die Anwendung des § 249 ausgeschlossen.

Allerdings geht aus dem Wortlaut des § 280, der sich auf den Standpunkt des Augenblicks des Unmöglichwerdens stellt und den Schuldner zum Ersatz des „entstehenden“, nicht des „entstandenen“ Schadens verpflichtet, hervor, daß der Gläubiger seine Entschädigung verlangen kann, sobald die Unmöglichkeit eingetreten ist und auf Grund des § 251 seine Ansprüche sofort auf Geld richten kann.[58]) Wenn aber bis zu dem Zeitpunkt, wo der Gläubiger seine Schadensersatzansprüche geltend macht, die Unmöglichkeit wieder beseitigt worden, die Naturalrestitution also möglich geworden ist, so folgt aus unseren Ausführungen, daß

[57]) vgl. Endemann § 125 Anm. 36 und RG. 13. 10. 1905 in JurW. 1905, 686.

[58]) vgl. Planck II S. 81.

der Schuldner seiner Schadensersatzpflicht dadurch nachzukommen hat, daß er die Leistung bewirkt. Die Beseitigung der Unmöglichkeit beeinflußt also den Inhalt der Leistungspflicht des Schuldners. Reicht die Naturalrestitution zur Entschädigung des Gläubigers nicht aus, z. B. weil die Leistung verspätet ist, so ist daneben auch noch ein Geldersatz zu leisten (§ 251 BGB.). Wenn aber die Bewirkung der nachträglich wieder möglich gewordenen Leistung für den Gläubiger kein Interesse mehr hat, so wird der Schuldner den Gläubiger nur in Geld zu entschädigen haben, denn in diesen Fällen wäre es, vor allem mit Rücksicht auf §§ 280 Abs. 2 und 286 Abs. 2, unbillig, dem Gläubiger die Pflicht zur Annahme der Herstellung zuzumuten, die Herstellung kann als Entschädigung des Gläubigers nicht gelten, und § 251 bestimmt, daß der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen hat, soweit die Herstellung zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist. Wann Geldentschädigung trotz Möglichkeit der Naturalrestitution zu gewähren ist, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Tatbestandes zu entscheiden. Vor allem wird dem Gläubiger das Recht zuerkannt werden müssen, sich anderweitig seinen Bedarf zu decken, wenn der Schuldner juristisch dauernd zur Leistung unfähig geworden ist. Unter diesen zuletzt angegebenen Voraussetzungen ist die Beseitigung der Unmöglichkeit also wirkungslos.

Wir haben oben in diesem Paragraphen gesehen (1 II), daß unter Umständen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern können, daß die wieder möglich gewordene Leistung nachträglich noch zu bewirken ist, obgleich nach dem Wortlaute des Gesetzes die Folgen der Unmöglichkeit schon eingetreten sind. Was wir oben für den Fall gesagt haben, daß die Unmöglichkeit zufällig eintritt, wird erst recht auch hier gelten, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat.

b) Unvermögen des Schuldners.

Im § 275 Abs. 2 bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch: „Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.“ Also das nachträgliche Unvermögen wird ebenso behandelt, wie die nachträgliche Unmöglichkeit, und alle Regeln, die für die Unmöglichkeit gelten, finden auch auf das Unvermögen Anwendung. Wir brauchen deshalb auf das nachträgliche Unvermögen nicht näher einzugehen und können auf das verweisen, was wir unter a in diesem Paragraphen ausgeführt haben.

Wir müssen nur auf einen Unterschied zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen hinweisen. Verlangt der Gläubiger auf Grund des § 280 Schadensersatz, so haben wir oben gesehen, daß er unter Berufung auf die Unmöglichkeit der Leistung und m. E. der Naturalrestitution sofort Entschädigung in Geld beanspruchen kann. Tritt dagegen Schadensersatz wegen Unvermögens ein, so kann der Gläubiger zunächst nur Naturalrestitution verlangen, denn § 251 setzt Unmöglichkeit der Leistung, nicht bloßes Unvermögen des Schuldners zur Leistung, voraus. Hier hat Geldentschädigung nur statt:

1. wenn die Herstellung als Entschädigung des Gläubigers nicht gelten kann;

2. wenn der Gläubiger dem Schuldner zur Herstellung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt hat, daß er die Herstellung nach dem Ablaufe der Frist ablehne, und die Frist verstreicht, ohne daß die Herstellung erfolgt. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger nur noch allein Geldentschädigung verlangen (§ 250);

3. wenn der Tatbestand des § 283 vorliegt.[59])

---

[59]) vgl. Planck II S. 81.

Die Beseitigung des Unvermögens ist demnach in den Fällen 2 und 3 für die Leistungspflicht des Schuldners ihrem Inhalte nach noch von Bedeutung, wenn sie innerhalb der vom Gläubiger bestimmten Frist erfolgt.

B. Gegenseitige Verträge.

1. Nachträgliche Unmöglichkeit.

§ 7.

a) Objektive Unmöglichkeit.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält in den §§ 275 ff. nur die Regelung derjenigen Folgen, welche die Unmöglichkeit einer Leistung auf die Leistungspflicht des Schuldners der unmöglichen Leistung hat. In den §§ 323 ff. bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch, welchen Einfluß die Unmöglichkeit auf den Inhalt eines gegenseitigen Vertrages hat, d. h. eines Vertrages, in dem sich zwei als gegenseitiges Äquivalent geltende Leistungen gegenüberstehen. Entsprechend dem System des Bürgerlichen Gesetzbuchs haben auch wir zuerst allein die Wirkung der Unmöglichkeit auf die Verpflichtung zur Bewirkung der unmöglichen Leistung betrachtet, und wir kommen jetzt zu den gegenseitigen Verträgen. Wir haben zunächst das Verhältnis der §§ 275 ff. und der §§ 323 ff. zueinander zu prüfen: Die §§ 323 ff. schließen nicht etwa für die gegenseitigen Verträge die Geltung der §§ 275 ff. aus, sondern ergänzen sie nur. Für alle Verträge werden die §§ 275 ff. in gleicher Weise wirksam, und für die gegenseitigen Verträge geben die §§ 323 ff. im Einklang mit den Vorschriften der §§ 275 ff. nur an, welche Folgen die Unmöglichkeit der einen Leistung auf die Gegenleistung hat. Dies geht aus der Fassung der §§ 323 ff. deutlich hervor, welche lauten: Wird die eine Leistung unmöglich, so erfährt die Gegenleistung

dieses oder jenes Schicksal. Deshalb haben wir unserer Untersuchung der Unmöglichkeit der in einem gegenseitigen Vertrage versprochenen Leistung unsere obigen Ausführungen zugrunde zu legen. Da das Bürgerliche Gesetzbuch ausdrücklich nur die nachträgliche Unmöglichkeit der aus einem gegenseitigen Vertrage geschuldeten Leistung regelt, so werden wir mit der nachträglichen Unmöglichkeit beginnen.

1. Zufällige Unmöglichkeit. I. Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich, so wird er von der Verpflichtung zur Leistung frei (§ 275), verliert aber auch den Anspruch auf die Gegenleistung; bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473 (§ 323 Abs. 1). Ist aber die Leistung zeitweilig unmöglich geworden, so liegt, wie oben gezeigt ist, ebenfalls teilweise Unmöglichkeit vor.[60]) Während also der Schuldner der zeitweilig unmöglichen Leistung diese nachträglich zu bewirken hat (oben § 6 a, 1 I), mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473. Die Gegenleistung ist also in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsabschlusses der Wert der Leistung, wenn sie rechtzeitig geliefert wird, zu dem wirklichen Werte unter Berücksichtigung des späteren Erfüllungstermins gestanden haben würde (§ 472). Hat die Gegenleistung nicht Geld oder andere vertretbare Sachen zum Gegenstande, ist also die Minderung der Gegenleistung an dieser selbst nicht möglich, so ist die Gegenleistung in den Fällen des § 472 nach dem Werte zur Zeit des Vertragsabschlusses in Geld zu veranschlagen. Es ist dann

---

[60]) Aber nach RG., 17. 5. 1905 (JurW. 05, 388) „setzt § 323 objektive Unmöglichkeit und diese stets dauernde Unmöglichkeit voraus".

die ganze Gegenleistung zu bewirken, und der andere Teil hat den abzusetzenden Betrag in Geld zu vergüten[61]) (folgt aus § 473). Entgegen diesen Ausführungen sagt Kisch (S. 22): „Wenn eine bestimmte Zeit wesentlich ist, so wird durch eine zeitweilige, zufällige Unmöglichkeit das Vertragsverhältnis gänzlich aufgehoben; ist sie nicht wesentlich, so wird nur die beiderseitige Erfüllung aufgeschoben, dagegen wird nicht die Gegenleistung gemäß §§ 472 ff. BGB. gemindert." Der Ansicht Kischs kann ich mich aus folgenden Gründen nicht anschließen:

1. Ist die Leistungszeit so wesentlich, daß die nachträgliche Leistung nicht mehr als Erfüllung gelten kann, so liegt, wie oben gezeigt ist, dauernde Unmöglichkeit vor, selbst wenn an sich der Wegfall der die Unmöglichkeit verursachenden Umstände sicher ist. Ist aber die nachträgliche Leistung an sich noch als Erfüllung anzusehen, und ist die Leistung am Fälligkeitstage nur für den Gläubiger im vorliegenden Falle so wesentlich, daß die nachträgliche Erfüllung für ihn kein Interesse mehr hat, so würde es dem Willen des Gesetzes widersprechen, würde man der einen Partei das Recht geben, die Annahme der verspäteten Leistung abzulehnen und die Bewirkung der ihr obliegenden Gegenleistung zu verweigern. Denn während der Fall, daß die teilweise Leistung für den Gläubiger kein Interesse hat, in den §§ 325 und 326 ausdrücklich berücksichtigt ist, ist er im § 323 nicht erwähnt.

2. Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Leistungszeit einen großen Einfluß auf den Wert einer Leistung hat. Besonders einleuchtend ist dies für das Versprechen einer Geldsumme. Es ist ein großer Unterschied, ob ich mich am 1. Januar 1906 verpflichte, einem anderen am 1. Januar 1907 oder am 1. Januar 1910 1000 Mk. zu geben. Aber auch für andere Leistungen trifft es zu. Wenn ich

---

[61]) vgl. Planck II S. 145; Titze S. 169.

mir z. B. einen Sommerhut bestelle, so hat die Lieferung des Hutes im Mai einen höheren Wert als im September, da stets gegen Ende der Saison die Hüte im Preise fallen. Der Wert der zeitweilig unmöglichen Leistung und der Wert der Gegenleistung werden aber durch eine spätere Erfüllung durchaus nicht in allen Fällen in dem gleichen Verhältnis beeinflußt, und Leistung und Gegenleistung werden daher nach Kischs Ansicht häufig, während sie bei Einhaltung aller Bestimmungen des Vertrages als gleichwertig angesehen werden konnten, zur Zeit der tatsächlichen Bewirkung in einem Mißverhältnis stehen. Man wird daher nicht behaupten dürfen, daß der Vorteil, den die Partei durch das Recht, erst später leisten zu brauchen, hat, den Nachteil ausgleicht, den sie durch den Empfang der zeitweilig unmöglichen Leistung an einem späteren als dem vertragsmäßigen Zeitpunkte erleidet. Dem § 323 liegt der Gedanke zugrunde, daß die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung eines Leistungsgegenstandes der Schuldner desselben trägt. Kischs Ansicht würde aber in vielen Fällen dazu führen, daß die Verspätung einer Leistung dem Gläubiger zum Nachteile gereichen würde.

3. In vielen Fällen wird der Gläubiger die Gegenleistung nicht zurückbehalten können, da die Aufbewahrung des Leistungsgegenstandes mit Schwierigkeiten und Kosten verbunden ist. Z. B. es handelt sich um große Mengen Getreides, und dem Schuldner desselben fehlen die genügenden Lagerräume.

Mir scheint, daß der Standpunkt Kischs zu nicht befriedigenden und mit dem Willen des Gesetzes in Widerspruch stehenden Resultaten führen wird.

Verlangt der Gläubiger der zeitweilig unmöglichen Leistung den Ersatz, den der Schuldner infolge des die Erfüllung der Leistung vorübergehend hindernden Umstandes erhalten hat, so besteht die Möglichkeit, daß die

nachträgliche Leistung und das stellvertretende commodum zusammen dem Wert der Gegenleistung nicht entsprechen. Dann geht der Partei nicht etwa dadurch, daß sie den Ersatz beansprucht, das Recht verloren, die Gegenleistung zu mindern, sondern auch dann kann sie die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473 herabbsetzen (folgt aus der analogen Anwendung des § 323 Abs. 2). Würde demnach z. B. die rechtzeitige Leistung 100 Mk., die verspätete Leistung 50 Mk. der Ersatz 25 Mk. und die Gegenleistung 125 Mk. wert sein, so würde die geminderte Gegenleistung betragen: $\frac{125 \cdot (50 + 25)}{100}$ Mk. = 93,75 Mk.

Ist eine Partei nach den soeben dargestellten Vorschriften berechtigt, ihre Gegenleistung zu mindern, hat sie aber schon geleistet, so kann sie, falls die Gegenleistung in Geld oder anderen vertretbaren Sachen besteht, eine Quote der Gegenleistung, falls sie eine nicht vertretbare Sache zum Gegenstande hat, den abzusetzenden Betrag in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern.

II. Wird die juristisch dauernde Unmöglichkeit nachträglich beseitigt, so wird in denjenigen Fällen, in denen nach den oben § 6 a 1 II geschilderten Grundsätzen die wieder möglich gewordene Leistung noch zu erfüllen ist, auch die Gegenleistung zu machen sein.

2. Vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit. I. § 324 des BGB. bestimmt: „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

Das gleiche gilt, wenn die dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der andere Teil im Verzuge der Annahme ist.“ Wir sehen also, daß das Unmöglichwerden der einen Leistung auf die Gegenleistung keinen Einfluß hat, und daß die Gegenleistung ohne Rücksicht auf die Unmöglichkeit der Leistung bewirkt werden muß. Ebenso hat selbstverständlich auch die zeitweilige Unmöglichkeit keine Wirkung auf die Gegenleistung. Es erübrigt sich deshalb, auf diesen Fall näher einzugehen.

II. Wird die juristisch dauernd unmögliche Leistung nachträglich wieder möglich, so ist dies natürlich für die Gegenleistung bedeutungslos, da diese durch die Unmöglichkeit überhaupt nicht berührt ist. Aber der Umstand, daß die Gegenleistung bewirkt worden ist, wird es in vielen Fällen billig erscheinen lassen, daß die wieder möglich gewordene Leistung erfüllt wird. Wenn die Leistung ohne Aufwendungen seitens des Schuldners durch Zufall nachträglich wieder möglich wird, und auch die nachträgliche Bewirkung der Leistung die von dem Schuldner nach dem Inhalte des Vertrages zu gewährende Anstrengung nicht übersteigt, so wird man ohne Zweifel der anderen Partei den Anspruch auf die Leistung zuerkennen müssen, soweit nicht schon der Vorteil, den der Schuldner aus dem Nichtbewirken seiner Leistung hat, von der Gegenleistung in Abzug gebracht ist. Es würde, wollte man auch bei dieser Sachlage den Schuldner trotz der Beseitigung der Unmöglichkeit von der ihm obliegenden Leistung endgültig befreit sein lassen, eine Bevorzugung des Schuldners und eine Benachteiligung der anderen Partei sein, die nur dann gerechtfertigt sein würde, wenn man die Verpflichtung der anderen Partei zur Gegenleistung als Strafe auffassen würde. Im Gegensatz zum römischen Privatrecht, das bisweilen einen pönalen Charakter hat, ist der Wille zu

strafen dem Bürgerlichen Gesetzbuch völlig fremd. Wir haben bereits oben (§ 6) gesehen, daß sich die Verpflichtung des Schuldners zur Bewirkung der unmöglich gewesenen Leistung nach Beseitigung der Unmöglichkeit mittels des § 242 juristisch begründen läßt.

3. Die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit. I. Das Bürgerliche Gesetzbuch regelt neben der Unmöglichkeit der Leistung (§ 325) den Verzug des Schuldners (§ 326). Da aber, wie oben gezeigt ist, Leistungsverzug nichts anderes ist als die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit, so ergibt sich, daß auf die zeitweilige, vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit § 326 zur Anwendung kommen kann.[62]) Danach haben wir als Regel aufzustellen, daß die Gegenleistung durch die vom Schuldner zu vertretende, zeitweilige Unmöglichkeit nicht beeinflußt wird und in vollem Umfange von der Partei zu gewähren ist. Dieser Satz muß als selbstverständlich erscheinen im Hinblick auf die obigen Ausführungen (§ 6 a, 3 I), daß der Schuldner im Falle seines Verzuges neben der ihm obliegenden Leistung selbst eine Entschädigung für allen infolge seines Verzuges entstandenen Schaden zu gewähren hat, m. E. also die verspätete Leistung und der Schadensersatz zusammen an die Stelle der vertragsmäßigen Leistung getreten sind. Von dieser Regel läßt aber der § 326 Ausnahmen zu. Wenn entweder der Gläubiger nachweist, daß die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für ihn kein Interesse hat, oder wenn der Gläubiger dem Schuldner zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt hat, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne, und die Leistung innerhalb

---

[62]) vgl. Kisch S. 22; Titze S. 188.

dieser Frist nicht erfolgt, so hat der Gläubiger folgende drei Rechte:

1. Er kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, d. h. Schadensersatz wegen Nichterfüllung der geschuldeten Leistung. Da der Vertrag bestehen bleibt, so werden auch die Kontraktspflichten der Parteien ihrem Bestande nach nicht berührt. Der Gläubiger muß also auch fernerhin seine Gegenleistung bewirken, und der Schuldner hat an Stelle seiner eigentlichen Verbindlichkeit Schadensersatz zu leisten. In der Literatur ist es nicht unbestritten, was in den §§ 325 und 326 unter „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" zu verstehen ist. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß der Ausdruck in §§ 325 und 326 die gleiche Bedeutung haben muß, und für § 325 ergibt sich die hier vertretene Auffassung aus dem Gesetze selbst. Denn:

a) § 325 sagt: „Wird die . . . dem einen Teile obliegende Leistung . . . unmöglich, so kann der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen." Auf die Frage: Schadensersatz wegen Nichterfüllung wessen? muß man aus dem Wortlaute des Paragraphen antworten: wegen Nichterfüllung der obliegenden Leistung.

b) Für diese Ansicht sprechen aber auch die Worte des Gesetzes: „Bei teilweiser Unmöglichkeit ist er . . . berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit . . . zu verlangen." Es heißt hier nicht, wie entsprechend beim Rücktritt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des „Vertrages".

c) Endlich läßt sich noch die Verweisung auf § 280 zum Beweise heranziehen, welcher nur den Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer Leistung behandelt.

d) Neben diesen aus dem Gesetze selbst sich ergebenden Gründen läßt sich noch anführen, daß der Gläubiger einerseits, wenn er seine Gegenleistung nicht bewirken will, hierzu mittels Rücktritts oder auf Grund der Rechte

aus § 323 imstande ist, daß es aber andererseits für ihn unter Umständen eine große Härte sein würde, „wenn er nicht berechtigt wäre, gegen Bewirkung seiner Gegenleistung, die für ihn möglicherweise nur geringen Wert hat, vollen Schadensersatz für die unmöglich gewordene Leistung zu fordern, vielmehr darauf beschränkt wäre, die Wertdifferenz zwischen den beiderseitigen Leistungen zu verlangen".[63])

Anderer Ansicht ist das Reichsgericht (Bd. 50 S. 264). Es hält auch daran fest, daß der Vertrag bei Bestand bleibt, behauptet aber, daß sich die Leistung und die Gegenleistung in dem Schadensersatze konzentrieren und der Schadensersatzberechtigte demnach von seiner Gegenleistung befreit wird. Es wird Schadensersatz dafür geleistet, daß der Vertrag nicht erfüllt wird. Mir scheint diese Ansicht mit dem Gesetze nicht im Einklange zu stehen.

Cosack (S. 349 § 99 II, 2 β) überläßt es dem Belieben des Gläubigers, „die Gegenleistung zu verweigern oder bei ihr zu beharren". Cosack übersieht offenbar, daß der Vertrag weiterbesteht.[64])

Daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur in Geld bestehen kann, haben wir bereits oben gesehen.

2. Er kann vom Vertrage zurücktreten, d. h. das Vertragsverhältnis wird aufgelöst, die Parteien werden von ihren gegenseitigen Verpflichtungen befreit und haben sich die Leistungen, soweit sie schon bewirkt sind, zurückzugewähren. Im übrigen finden die für das vertragsmäßige

---

[63]) Plank II S. 151; ebenso Schollmeyer § 325 Ziff. 2; Endemann § 125, 3 c 2; Dernburg, BGB. Bd. 2 Abt. 1 S. 215; Kisch (in Jher. Jahrb.) Bd. 44 S. 68; Titze S. 183; Fischer-Henle § 325 Anm. 3.

[64]) vgl. hierzu Titze S. 183 Anm. 35; Schollmeyer zu § 325 Ziff. 2.

Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 entsprechende Anwendung (§ 327).

3. Er kann endlich die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen (vgl. unter 1. in diesem Paragraph). Dieses letzte Recht ist zwar im § 326 nicht mit aufgezählt, es wird dem Gläubiger aber dennoch zuzuerkennen sein, denn wenn er es schon dann hat, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, so muß es ihm erst recht dann zu Gebote stehen, wenn die Nichterfüllung der Leistung dem Schuldner von der Rechtsordnung zur Last gelegt wird.

Statt seine Ansprüche auf den Verzug, bezw. die zeitweilige Unmöglichkeit zu stützen, kann sich der Gläubiger auch hier des § 283 bedienen (vgl. § 325 Abs. 2).

II. Wird die Leistung juristisch dauernd unmöglich, so erwirbt der Gläubiger die drei soeben genannten Rechte sofort, ohne daß er erst eine Frist zu setzen braucht. Wird die Unmöglichkeit nachträglich wieder beseitigt, so wird diesem Umstande regelmäßig keine Bedeutung beizumessen sein, wir haben aber oben gesehen, daß in gewissen Ausnahmefällen auf Grund des § 242 bei Beseitigung der Unmöglichkeit die Verpflichtung des Schuldners zur Bewirkung der Vertragsleistung wird anzunehmen sein, und diese Ausnahmen werden auch für die gegenseitigen Verträge Geltung haben. In jenen Fällen ist selbstverständlich auch die Gegenleistung zu machen.

Hat der Gläubiger einmal erklärt, vom Vertrage zurücktreten zu wollen, so ist damit die Erfüllung der Vertragsleistungen ausgeschlossen, weil das Vertragsverhältnis aufgelöst ist, m. E. § 242 nicht mehr Anwendung finden kann. Aber auch dann, wenn der Gläubiger erklärt hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder die Rechte aus § 323 geltend machen zu wollen, dürfte die Bewirkung der wieder möglich gewordenen Leistung durch Treu und Glauben nicht mehr als geboten erscheinen können.

War die Unmöglichkeit tatsächlich eine vorübergehende,[65]) nahmen die Parteien aber irrtümlich an, sie sei eine dauernde, und erklärte der Gläubiger z. B. den Rücktritt, so ist die Rücktrittserklärung unwirksam, denn da der Gläubiger das Rücktrittsrecht nicht besaß, so ist die Rücktrittserklärung zu Unrecht erfolgt. Der Gläubiger kann bei dem erklärten Rücktritt nur stehen bleiben, wenn er beweist, daß die verspätete Erfüllung für ihn kein Interesse hat.[66])

b) Unvermögen des Schuldners.

Die §§ 323 ff. reden nur von der Unmöglichkeit der Leistung und lassen das Unvermögen des Schuldners unberücksichtigt. Wir haben aber oben gesehen, daß im § 275 Abs. 2 das nachträgliche Unvermögen der nachträglichen Unmöglichkeit gleichgestellt ist. Da nun aber, wie wir gezeigt haben, die §§ 323 ff. nur eine Ergänzung der §§ 275 ff. sind und die Vorschriften der §§ 275 ff. zur Grundlage haben, so folgt daraus, daß auch für die gegenseitigen Verträge die Gleichstellung des nachträglichen Unvermögens und der nachträglichen Unmöglichkeit gilt, und daß die §§ 323 ff. auch das nachträgliche Unvermögen des Schuldners regeln. Ebenso sagt Titze (S. 164 Anm. 2): Es „hat die durch § 275 Abs. 2 erfolgte Gleichstellung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit einen allgemeinen Charakter und gilt darum für alle von der nachfolgenden Unmöglichkeit handelnden Rechtssätze des Bürgerlichen Gesetzbuches, also auch für die §§ 323 ff. Das Gesagte dürfte mit Rücksicht auf die Resultate, die sich vom gegenteiligen Standpunkt aus ergeben würden, beinahe selbstverständlich sein“.[67])

---

[65]) D. h. im Sinne der Rechtsordnung.

[66]) vgl. Titze S. 189 Anm. 50.

[67]) Ebenso Haake S. 45—47; anderer Meinung Kuhlenbeck, Komm. § 323 Anm. 1.

Auf die Folgen des nachträglichen Unvermögens des Schuldners auf die in einem gegenseitigen Vertrage versprochenen Leistungen brauchen wir demnach nicht weiter einzugehen, und wir können auf das verweisen, was wir in diesem Paragraphen unter a ausgeführt haben.

2. Anfängliche Unmöglichkeit.

§ 8.

a) Objektive Unmöglichkeit.

I. Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig. Gleichgültig ist es, ob der Vertrag ein einseitig oder zweiseitig verpflichtender ist, und wenn auch nur die eine der aus einem zweiseitig verpflichtenden Vertrage geschuldeten Leistungen unmöglich ist, so ist damit der ganze Vertrag nichtig, und für keine der beiden Parteien entstehen aus dem Vertrage Rechte oder Pflichten. Welchen Einfluß hat es aber auf die Gegenleistung, wenn die eine Leistung zeitweilig unmöglich und der Vertrag gemäß § 139 gültig ist? Eine gesetzliche Bestimmung fehlt hierüber. Sehr richtig bemerken aber die Motive (II S. 177, 178) zu dem Falle, daß die eine der aus einem gegenseitigen Vertrage geschuldeten Leistungen teilweise unmöglich ist: „Diesfalls ist eine Spezialvorschrift entbehrlich. Liegt der Fall so, daß anzunehmen ist, die Parteien hätten auch in tantum kontrahiert, so wird zugleich erhellen, wie es nach ihrer Intention mit der Kürzung der möglich gebliebenen Gegenleistung zu halten ist. Hierbei mögen die Bestimmungen über Preisminderung bei der Mängelgewähr in vielen Fällen einen passenden Anhalt für die Entscheidung abgeben.“ Diese Worte der Motive gelten auch für die zeitweilige Unmöglichkeit, und die Frage, wieweit die Gegenleistung zu kürzen sei, wird unter Zugrundelegung der konkreten Umstände des Einzelfalls zu entscheiden sein

II. Für die Wirkung der Beseitigung der anfänglichen, juristisch dauernden Unmöglichkeit macht es ebenfalls keinen Unterschied, ob der Vertrag ein einseitig oder zweiseitig verpflichtender ist. Regelmäßig ist die Beseitigung der Unmöglichkeit bedeutungslos. Wird in den besonderen Fällen des § 308 die Unmöglichkeit innerhalb der in Abs. 1 und 2 des § 308 genannten Fristen gehoben, so ist der ganze Vertrag gültig, beim gegenseitigen Vertrage kommen die Rechte und die Pflichten beider Parteien zur Entstehung; wird die Unmöglichkeit dagegen erst nach Ablauf der angegebenen Fristen beseitigt, so ist der ganze Vertrag nichtig, beim gegenseitigen Vertrage wird also keine Partei berechtigt und verpflichtet.

b) Unvermögen des Schuldners.

I. Aus unserer obigen Feststellung (in § 5), daß der Schuldner sein anfängliches Unvermögen stets zu vertreten und Schadensersatz zu leisten hat, ergibt sich für den gegenseitigen Vertrag, daß, da die verspätete Leistung und der Schadensersatz zusammen oder der Schadensersatz wegen Nichterfüllung an die Stelle der vertragsmäßigen Leistung treten, die Gegenleistung weiterhin geschuldet bleibt. Wie wir aber auf das anfängliche, zeitweilige Unvermögen beim Vorliegen eines einseitig verpflichtenden Vertrags §§ 284 ff. zur Anwendung gebracht haben, so kann das anfängliche zeitweilige Unvermögen des Schuldners zu einer in einem gegenseitigen Vertrage versprochenen Leistung auf Grund des § 326 geregelt werden. Im einzelnen gelten demnach auch für diesen Fall unsere Ausführungen in § 7 a 3, I.

II. Ist die eine in einem gegenseitigen Vertrage stipulierte Leistung juristisch dauernd subjektiv unmöglich, so läßt sich kein Grund dafür finden, für diesen Fall den Gläubiger auf den einzigen Weg zu beschränken, unter Bewirkung der Gegenleistung Schadensersatz zu verlangen,

während er bei der nachträglichen Unmöglichkeit und dem nachträglichen Unvermögen, wenn er sie zu vertreten hat, daneben noch als facultates alternativae zwei andere Rechte hat, und es erscheint mir der Billigkeit zu entsprechen, daß auch im Falle des anfänglichen Unvermögens Bestimmungen Anwendung finden, welche auf die besonderen Verhältnisse eines gegenseitigen Vertrages Rücksicht nehmen. Aus diesen Erwägungen heraus glaube ich, daß man die Vorschriften des § 325, der eine vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit voraussetzt, auch für das anfängliche Unvermögen, für das der Schuldner ja stets einzustehen hat, mittels Analogie wird maßgebend sein lassen dürfen. Es erübrigt sich aber, näher darauf einzugehen, unter welchen Voraussetzungen und bis zu welchem Zeitpunkte die Beseitigung des juristisch dauernden, anfänglichen Unvermögens Wirkungen herbeizuführen vermag, und wir können auf das verweisen, was wir oben in § 5 II und § 7 a, 3 ausgeführt haben. Die Übertragung des dort Gesagten auf den hier behandelten Fall bietet keine Schwierigkeiten.

C. Wahlschuld.

§ 9.

I. Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt im § 265: „Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich oder wird sie später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen. Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nichtwahlberechtigte Teil zu vertreten hat.“ Liegt also der Tatbestand vor, daß die nicht wahlberechtigte Partei für die Unmöglichkeit einzustehen hat, so bleibt die Leistung trotz ihrer Unmöglichkeit in obligatione. Fällt die Wahl des wahlberechtigten Teils

auf sie, so gilt sie als von Anfang an allein geschuldet (§ 263 Abs. 2), und juristisch ist die Rechtslage so zu beurteilen, als ob der Vertrag von Anfang an auf eine unmögliche Leistung gerichtet gewesen, bezw. die Vertragsleistung nachträglich unmöglich geworden wäre. Dieser Fall unterliegt dann also den allgemeinen oben ausgeführten Grundsätzen und braucht hier deshalb nicht weiter untersucht zu werden.

Die Konzentration des Schuldverhältnisses auf die noch möglichen Leistungen tritt gemäß § 265 nur ein, wenn die Leistung von Anfang an unmöglich ist oder durch Zufall oder infolge eines von dem wahlberechtigten Teile zu vertretenden Umstandes nachträglich unmöglich wird. Der § 265 spricht nur von der „Unmöglichkeit der Leistung" schlechtweg, und denkt offenbar in erster Linie an den Normalfall, die dauernde und totale Unmöglichkeit. Darüber hingegen, welche Folgen die zeitweilige Unmöglichkeit einer Leistung auf die Wahlschuld hat, gibt uns § 265 keine Auskunft. Wie wir oben gesehen haben, ist die zeitweilige Unmöglichkeit eine besondere Art der teilweisen Unmöglichkeit, und wir haben demnach zunächst die Frage zu beantworten: Welche Wirkungen hat die teilweise anfängliche Unmöglichkeit und das teilweise zufällige oder vom Wahlberechtigten zu vertretende Unmöglichwerden einer Leistung auf den Inhalt einer Wahlschuld?

„Man muß bei der Entscheidung der in Rede stehenden Frage in ihrem vollen Umfange berücksichtigen, daß bei einer Alternativobligation zwar jede einzelne der alternativ geschuldeten Leistungen sich im Rahmen des ganzen Schuldverhältnisses, der ganzen Obligation als solcher, nur als ein Teil darstellt; trotzdem aber ist sie, für sich betrachtet, eine in sich abgeschlossene vollständige Leistung, welche — die auf sie fallende Wahl vorausgesetzt — bestimmt ist, einmal den alleinigen Gegenstand des Schuldverhältnisses zu bilden und in ihrer Verwirklichung als

vollständige Erfüllung desselben zu gelten. Aus dieser Abgeschlossenheit der einzelnen Alternativleistung in sich ergibt sich m. E. die juristische Berechtigung, dieselbe zunächst für sich unter dem Gesichtspunkte" der allgemeinen, für alle unmöglichen Leistungen geltenden Vorschriften zu betrachten.[68]) Ist demnach die eine Leistung von Anfang teilweise unmöglich, so wird man auf Grund des § 139 zu prüfen haben, ob die Parteien nicht vielleicht auch die teilweise Leistung, soweit sie möglich ist, zum Gegenstande einer Obligation gemacht hätten. Ist dies anzunehmen, so bleibt die teilweise unmögliche Leistung in obligatione, im entgegengesetzten Falle tritt gemäß § 265 die Konzentration auf die übrigen Leistungen ein. Für die Entscheidung dieser Frage bietet bei gegenseitigen Verträgen vor allem die Art und der Umfang der Gegenleistung einen Anhalt.[69]) Wird die eine der wahlweise geschuldeten Leistungen aber nachträglich teilweise unmöglich, so darf man nach „der Natur der Sache und dem von dem Bürgerlichen Gesetzbuch in betreff der Behandlung der teilweisen Unmöglichkeit sonst eingenommenen Standpunkt" (Planck II S. 54) eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die übrigen Leistungen nicht annehmen, vielmehr kann die teilweise unmögliche Leistung auch weiterhin gewählt werden, und wieweit der Schuldner im Falle der Wahl wegen Unmöglichkeit der vollständigen Bewirkung der Leistung Schadensersatz zu prästieren hat, richtet sich nach §§ 275, 280, 323 ff.[70])[71])

---

[68]) So Kleineidam S. 28.

[69]) vgl. Kleineidam S. 28; Planck § 265 Ziff. 5a; Oertmann § 265 Ziff. 6; anderer Meinung Schollmeyer § 265 I, 2, der „hier lediglich § 139" anwenden will, diesen widerlegt Kleineidam S. 27, 28.

[70]) Ebenso Planck § 265 Ziff. 5b; Oertmann § 265 Ziff. 6; Schollmeyer § 265 II, 2; Kisch S. 237; anderer Meinung Kleineidam S. 104: „Man muß dabei prüfen, ob im Sinne dieser Wahl-

Die soeben für die teilweise Unmöglichkeit aufgestellten Vorschriften gelten entsprechend ebenfalls für die zeitweilige Unmöglichkeit, und die Regelung der Folgen der zeitweiligen Unmöglichkeit ergibt sich demnach aus unsern letzten Ausführungen, sowie aus unsern Erörterungen in § 4 und §§ 6 bis 8. Es würde zu Wiederholungen führen, wollten wir die zeitweilige Unmöglichkeit einer alternativ geschuldeten Leistung ihrer Wirkung nach im einzelnen darstellen.

II. Wird die juristisch dauernde Unmöglichkeit einer wahlweise geschuldeten Leistung nachträglich wieder beseitigt, so wird dadurch regelmäßig die einmal eingetretene Konzentration der Alternativobligation nicht wieder rückgängig gemacht werden können. Soweit wir aber oben gesehen haben, daß ausnahmsweise die wieder möglich gewordene Leistung doch noch zu bewirken war, werden wir auch hier annehmen können, daß die Leistung im Falle der Beseitigung der Unmöglichkeit als in obligatione stehend betrachtet und m. E. gewählt und beansprucht werden darf.

---

rechtsverpflichtung gemäß den Parteiintentionen der noch mögliche Teil der alternativen, von der teilweisen Unmöglichkeit betroffenen Leistung überhaupt noch für die Wahl in Betracht kommt oder ob nicht vielmehr eine Wahl dieses Teiles als völlig ausgeschlossen erscheint."

[71]) In beiden Fällen abweichend Titze S. 43 Anm. 14 u. S. 197, der annimmt, daß die nur teilweise Unmöglichkeit im Sinne des § 265 der totalen Unmöglichkeit gleich zu behandeln sei und m. E. stets die Konzentration des alternativen Schuldverhältnisses auf die noch möglichen Leistungen zur Folge habe. Ebenso für das gemeine Recht Mommsen S. 309.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.